Über die Rechtsfindung auf dem Gebiet der sog. Gefälligkeitsverhältnisse

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt a. M.

vorgelegt von

Hermann Lietz
Assessor aus Greifswald

1940
Druck von H. Laupp jr in Tübingen

Referent: Prof. Dr. Friedrich Klausing

Korreferent: Prof. Dr. Fritz von Hippel

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Januar 1940

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

I. Gebiet und Terminologie 5

II. Die Stellungnahme von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zu den Fragen des schuldrechtlichen Vertrags-Charakters und des Haftungsmaßstabes der Gefälligkeitsverhältnisse 15

1. Merkmale des Schuldverhältnisses und des obligatorischen Vertrages 15
   a) Objektive Kriterien 15
   b) Der Verpflichtungswille 21

2. Methoden der Haftungseinschränkung 29
   a) Vertragliche Methoden 29
   b) Nichtvertragliche Methoden 32
      α. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 33
      β. Objektive Kriterien 41

III. »Treu und Glauben« 48

IV. Interessenabwägung 55

V. Praktische Folgerungen 65

1. Der schuldrechtliche Vertragscharakter 67

2. Der Haftungsmaßstab 74

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551902_0073

I. Gebiet und Terminologie.

Der Begriff der Gefälligkeitsverhältnisse und die damit zusammenhängende selbständige Betrachtungsweise des betreffenden Gebiets sind erst verhältnismäßig neu. Sie gehen — wenn auch nicht der Bezeichnung, so doch der Sache nach — vor allem zurück auf eine Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1903 [1]). Dieser Entscheidung lag eine sog. Gefälligkeitsfahrt zugrunde. Ein Wanderer war von einem Bauern unentgeltlich in dessen Fuhrwerk mitgenommen worden, es hatte sich dann ein Unfall ereignet, und obwohl den Bauern keinerlei Verschulden traf — dadurch, daß von einem überholenden Fahrzeug ein Koffer herunterfiel, waren die Pferde scheu geworden —, wurde er mit Rücksicht auf seine Tierhalterhaftung [2]) verurteilt, an den Wanderer Schadensersatz zu leisten. Dies Ergebnis wurde allgemein als unbillig empfunden [3]) und führte neben einer Kritik an der Ausgestaltung der Tierhalterhaftung auch dazu, die Gesamtheit der Gefälligkeitsverhältnisse zu betrachten, zumal dies Gebiet später durch die Unfälle anläßlich von Gefälligkeitsfahrten mit Kraftfahrzeugen noch an praktischer Bedeutung gewann.

Trotzdem sind die rechtlichen Erkenntnisse über das Wesen der Gefälligkeitsverhältnisse vorläufig gering. Sie wurden beeinträchtigt durch die — später darzulegende — Unzweckmäßigkeit der hinsichtlich des Gesamtvorgehens verwendeten Methoden, und

1) RG. Bd. 54 S. 73 ff.

2) § 833 BGB. galt damals noch in seiner ursprünglichen Fassung. Sie ist eingeschränkt worden durch eine Novelle vom 30. 5. 1908.

3) S. darüber: v. Blume, Recht 1905 S. 482 ff.; Danz, DJZ. 1905 Sp. 383 ff., insbes. Sp. 388; Hellwig, DJZ. 1906 Sp. 1289 ff.; Litten, DJZ. 1905 Sp. 339 ff.; Oertmann, DJZ. 1904 Sp. 141; Siber, DJZ. 1905 Sp. 138.

auch dadurch, daß in Wissenschaft und Praxis die in Betracht kommenden Einzelprobleme noch nicht ausführlich genug untersucht werden konnten: Die Rechtsprechung hatte — abgesehen von den zahlreichen Entscheidungen über Gefälligkeitsfahrten — zu anderen Gefälligkeitsverhältnissen infolge deren geringerer wirtschaftlicher Bedeutung nur vereinzelt Stellung zu nehmen, so daß schon wegen dieser Einseitigkeit der Wert der aus ihr zu entnehmenden Aufschlüsse ein bedingter sein mußte; die Rechtslehre hat sich — abgesehen von den Abhandlungen Krückmanns — zu den Gefälligkeitsverhältnissen noch gar nicht ausführlich geäußert; und die große Zahl kürzerer Aufsätze und Dissertationen enthält viele verschiedene Gesichtspunkte und Auffassungen; es haben sich aber noch keine Grundsätze gebildet, die als gesichert angesehen werden könnten und sich Anerkennung verschafft hätten.

Dies letztere gilt nicht nur für die später zu erörternde materielle Behandlung der Gefälligkeitsverhältnisse, sondern bereits für die Kennzeichnung und Abgrenzung des Gebiets. Bei ihr herrscht in negativer Hinsicht zwar weitgehend Übereinstimmung in der Ablehnung des Merkmales »Gefälligkeit« selbst; was positiv unter einem Gefälligkeitsverhältnis zu verstehen ist, ist jedoch umstritten.

Die Ablehnung des Begriffs »Gefälligkeit« als Kriterium des »Gefälligkeitsverhältnisses« beruht auf der Inkongruenz, welche besteht zwischen »Gefälligkeit« und »Unentgeltlichkeit«. Trotz aller sonstigen Meinungsunterschiede werden fast ausnahmslos unter dem Gesichtspunkt der Gefälligkeitsverhältnisse nur unentgeltliche Tatbestände betrachtet [4]); andererseits bedeutet »Gefälligkeit« im Gegensatz zum objektiven Begriff der Unentgelt-

---

4) So insbesondere fast alle Dissertationen: s. Balzereit S. 22/23, Buske S. 12, Cramer S. 4, Dahmann S. 9, Etzbach S. 6, Evers S. 2 ff., Hansen S. 5, Hempfing S. 3/4, Küsters S. 3, Lucas S. 3, Lucke S. 5 ff., Martel S. 6, Michaelis S. 5, Pauly S. 4 ff., Propach S. 8, Rathey S. 8, Schieferstein S. 13, Schröder S. 10/11, Schuhmacher S. 2/3, Wallraven S. 9/10, Wichers S. 4, Zuleger S. 15 ff. A. M.: Hinrichs S. 7 ff. und Terwiel S. 33 ff., welche auf die »Gefälligkeit« selbst abstellen, jedenfalls, soweit sie in einer Leistung erkennbar zum Ausdruck kommt.

lichkeit nicht allein ein in einer anderen, subjektiven Sphäre liegendes, und daher der rechtlichen Wertung schon grundsätzlich entzogenes Motiv [5]), sondern zudem ein Motiv, das über das Gebiet der unentgeltlichen Tatbestände noch weit hinausgeht, und ebenso auch bei — teilweise [6]) oder völlig [7]) — entgeltlichen Tatbeständen in Betracht kommen kann. Diese beiden Gründe lassen die »Gefälligkeit« für die Charakterisierung des Gebietes der »Gefälligkeitsverhältnisse« als untauglich erscheinen. Sie bewirken, daß die äußerlich verwendeten Begriffe (»Gefälligkeitsverhältnis«, »Gefälligkeitsvertrag«, »Gefälligkeitsleistung«) ungenau und mißverständlich sind, und auch im folgenden nur, weil sie allgemein gebräuchlich sind, als abkürzende Bezeichnungen noch beibehalten werden [8]). In Wirklichkeit jedoch ist nicht sowohl »Gefälligkeit«, als vielmehr »Unentgeltlichkeit« gemeint.

Vor allem ungeklärt ist es im übrigen aber, w e l c h e unentgeltlichen Tatbestände Gefälligkeitsverhältnisse sind. Hier ergeben sich zwei Probleme: dasjenige des Verhältnisses zwischen den Gefälligkeitsverhältnissen und den unentgeltlichen im BGB. geregelten Verträgen, und dasjenige der Ergänzungsbedürftigkeit des Begriffs der Unentgeltlichkeit durch zusätzliche, ihn einschränkende Kriterien.

---

5) So z. B. Balzereit S. 22/23, Dahmann S. 9, Küsters S. 3, Michaelis S. 8, Schieferstein S. 15/16, Schröder S. 53.

6) Teilweise Entgeltlichkeit liegt beispielsweise vor, wenn aus Gefälligkeit ein Gegenstand nur zum Selbstkostenpreis oder in sonstiger Weise unter seinem üblichen Preis verkauft wird. Über den Begriff s. Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, S. 242, 335. Im Gegensatz zu den typischen Leistungstatbeständen sind seiner Ansicht nach die »vom Leistungsinhalte unabhängigen Entgelttatbestände nicht begriffliche Gegensätze, sondern aus praktischen Gründen vom Gesetze allein hervorgehobene Extreme kontinuierlicher Tatbestandsreihen« (S. 335).

7) Siehe Hoeniger a. a. O. S. 217 und 332 und von den Dissertationen Balzereit S. 22/23 und insbesondere Schröder S. 53.

8) Gegen den Ausdruck »Gefälligkeitsvertrag« wendet sich mit Entschiedenheit Schröder (S. 52 ff.). Abgesehen davon, daß »Gefälligkeit« nur ein Motiv bedeute, hält er eine einheitliche Bezeichnung nur dann für sinnvoll, »wenn für ein Institut einheitliche Grundsätze gelten«. Ein einheitliches, hier in Betracht kommendes Rechtsinstitut ist seiner Ansicht nach aber nicht vorhanden.

I. Was hierbei das Verhältnis zwischen Gefälligkeitsverhältnissen und unentgeltlichen Verträgen des BGB. betrifft, so ist zunächst entscheidend, ob davon ausgegangen wird, daß neben den im BGB. »benannten« unentgeltlichen Verträgen noch andere, »unbenannte« unentgeltliche Tatbestände vorhanden sind, oder ob man annimmt, daß durch die »benannten« Verträge alle unentgeltlichen Tatbestände schon erfaßbar sind. Dieser letztere Standpunkt entspricht der Auffassung Krückmanns; die entgegengesetzte Ansicht wird von der herrschenden Lehre vertreten.

Krückmann geht davon aus, daß Gefälligkeiten nur erwiesen werden können »durch Zuwendung von Vermögenswerten, insbesondere dauernde Überlassung einer Sache zu Eigentum, ferner durch vorübergehende Überlassung einer Sache« und »drittens durch Dienste«[9]). Er nimmt an, daß diesen Kategorien die Verträge Schenkung, Leihe, Auftrag und Verwahrung entsprechen, und verwendet, soweit darüber hinaus im Einzelfalle Abwandlungen bestehen, den Begriff des aus Bestimmungen »benannter« Einzelvertragstypen zusammengesetzten gemischten Vertrages. Für die Subsumtion unter gemischte Verträge ist es nach Ansicht Krückmanns ausreichend, wenn im zugrunde liegenden Sachverhalt einzelne Elemente verschiedener gesetzlicher Tatbestände zusammentreffen; die Gefälligkeitsfahrt z. B. ist nach dieser Auffassung ein Mischvertrag aus Leihe und aus Auftrag: das leiherechtliche Element liegt in der Zurverfügungstellung des Platzes, das Auftragselement in der Beförderung [10]).

Die herrschende Lehre hält demgegenüber mit Recht die Bedeutung, die Krückmann dem gemischten Vertrag beilegt, für unzutreffend und den Begriff des gemischten Vertrages in dieser Form nicht für verwendbar. Sie versteht darunter im Anschluß an Hoeniger [11]) eine neuartige Zusammensetzung genau im Gesetz geregelter, an sich selbständiger Tatbestände [12]), nicht schon eine

9) Seuff. Bl. Bd. 74 S. 114.

10) Seuff. Bl. Bd. 74 S. 116/117.

11) Siehe Hoeniger a. a. O. S. 332 ff.

12) Gemischte entgeltliche Verträge sind beispielsweise der Hausmeistervertrag und der Theaterbesuchsvertrag. Der erstere ist zusammengesetzt aus Miete

vom Gesetz abweichende Verbindung einzelner unselbständiger Tatbestands e l e m e n t e , so daß auf diese Weise der Begriff gegenüber der von Krückmann verwendeten Form erheblich eingeschränkt ist, und ganz ebenso, wie auf entgeltlichem, auch auf unentgeltlichem Gebiet neben »benannten« Verträgen und Mischverträgen auch »unbenannte« Tatbestände verbleiben.

Die rechtliche Bewertung dieser »unbenannten« unentgeltlichen Tatbestände stellt in erster Linie den Gegenstand aller Betrachtungen über Gefälligkeitsverhältnisse dar; gleichwohl ist aber die Art, in der dieser Ausdruck gegenüber den »benannten« und den »unbenannten« Tatbeständen verwendet wird, nicht einheitlich: teils werden nur »unbenannte« Tatbestände als Gefälligkeitsverhältnisse aufgefaßt, teils auch »benannte« Tatbestände in das Gebiet mit einbezogen. Im folgenden werde ich die erstere Terminologie verwenden: ich werde nur »unbenannte« unentgeltliche Tatbestände unter Gefälligkeitsverhältnissen verstehen, so daß das Gebiet der letzteren mit demjenigen der »benannten« unentgeltlichen Tatbestände weder ganz, noch teilweise identisch, sondern lediglich benachbart ist [13]).

II. Die Frage, ob bei der Abgrenzung des Gebiets der Gefälligkeitsverhältnisse der Begriff der Unentgeltlichkeit durch andere Merkmale noch zu ergänzen ist, hat ihren Ursprung offenbar vor allem in sprachlichen Erwägungen. Wenn auch fast ausnahmslos anerkannt wird, daß die »Gefälligkeit« selbst als rechtliches Kriterium unverwertbar ist, so erscheint andererseits der herrschenden Meinung auch das Merkmal der Unentgeltlichkeit als unzureichend; es wird vielmehr versucht, es durch Hinzufügung anderer Begriffe der Vorstellung anzupassen, die der allgemeine Sprachgebrauch und die Verkehrsanschauung mit »Gefälligkeit« verbindet [14]). Hierbei wird an Fälle gedacht, wie etwa denjenigen

und Dienstvertrag, der letztere aus Werkvertrag und (hinsichtlich des Platzes) Mietvertrag.

13) Der gleiche Sprachgebrauch wird beispielsweise verwendet von Schröder (S. 11), und auch von Hansen (S. 9) und Hinrichs (S. 28).

14) Besonders bezeichnend hierfür ist folgende, unmittelbar allerdings nur auf den Begriff der Unentgeltlichkeit bezogene Formulierung Wichers. (S. 4):

der Probefahrt anläßlich eines eventuellen Autokaufes. Um ihn und ähnliche Tatbestände aus dem Bereich der Gefälligkeitsverhältnisse auszuschließen, werden besondere Definitionen desselben aufgestellt: in ihnen allen wird das Erfordernis der Unentgeltlichkeit zwar beibehalten, daneben werden aber — in verschiedener Zusammenstellung und Ausgestaltung — die Merkmale der »Uneigennützigkeit« [15]) und des mangelnden wirtschaftlichen Interesses [16]) verwendet, es wird verlangt, daß die zu erbringende Leistung als »selbständig« erscheine [17]), oder auch unmittelbar, daß sie verkehrsmäßig als »Gefälligkeit« betrachtet werde [18]). »Uneigennützigkeit« wird hierbei nicht nur materiell, sondern zuweilen außerdem auch ideell [19]), im großen und ganzen aber objektiv und wirtschaftlich gemeint; und »Selbständigkeit« bedeutet, daß die Leistung weder Nebenleistung eines entgeltlichen Vertrages ist [20]), noch auch im Rahmen eines zukünftigen Vertragsverhältnisses erfolgt [21]).

Gegen alle diese Definitionen ist m. E. vor allem zweierlei geltend zu machen: Zunächst hinsichtlich des Ausgangspunktes, daß Definitionen nicht sprachlich, sondern in erster Linie juristisch

---

»Wenn der Laie im Leben von Gefälligkeitsleistungen spricht, versteht er in der Regel nur letztere (unentgeltliche Leistungen, d. Verf.) darunter. Diese sollen daher auch nur den Gegenstand unserer Untersuchung bilden.« Ferner wird auf »Sprachgebrauch« und »Verkehrsauffassung« insbesondere auch abgestellt bei Lucas (S. 4).

15) S. Cramer S. 4, Lucke S. 5 ff., Pauly S. 4 ff., Wichers S. 5, Zuleger S. 15 ff. Gegen das Merkmal der Uneigennützigkeit Schumacher S. 2/3 und ferner Schieferstein S. 15, der es als rechtlich unbeachtliches Motiv auffaßt. — Im übrigen gilt hinsichtlich aller aufgezählten Merkmale des Gefälligkeitsverhältnisses und auch hinsichtlich der Literaturangaben über sie, daß diese Darstellung nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Sie bezweckt nur, Beispiele für die vorhandene Richtung zu geben, zumal Ungenauigkeiten schon dadurch bedingt sind, daß die Verschiedenheit der im einzelnen gewählten Themen es erfordert, die Gesichtspunkte in schematisierender Weise auf einheitliche Nenner zu bringen.

16) S. Becker S. 1/2.

17) S. Becker S. 1/2, Etzbach S. 6, Martel S. 6, Michaelis S. 7.

18) S. Etzbach S. 6, Martel S. 6.

19) S. Zuleger S. 15 ff.

20) S. Martel S. 6.

21) S. Becker S. 1/2.

zu orientieren sind, und demnach hier nicht zu klären haben, was der Volksmund unter »Gefälligkeiten« versteht, sondern welche Umgrenzung für die zu behandelnden Fragen und Tatbestände rechtlich am angemessensten ist; ferner wird aber auch hinsichtlich der verwendeten Begriffe selbst verkannt, daß die der Unentgeltlichkeit hinzugefügten Merkmale entbehrlich sind, da sie sich im wesentlichen aus dem Begriff der Unentgeltlichkeit als solchem schon ergeben. Ebenso, wie die früher erwähnte »teilweise Entgeltlichkeit«, betreffen insbesondere auch die »Uneigennützigkeit« und die »Selbständigkeit der Leistung« das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung; sie werden geregelt unter dem Gesichtspunkt der im einzelnen bestehenden — rechtsgeschäftlichen, kausalen oder konditionalen — Verknüpfung, und diese Gesichtspunkte halte ich auch zur Abgrenzung der Gefälligkeitsverhältnisse für ausreichend. Da das Gebiet noch rechtlich neu und ungeklärt ist, ist es auch zweckmäßig, es nicht in einer sachlich zweifelhaften Weise vorzeitig einzuengen. Erst falls auf Grund genauerer Kenntnis der einzelnen Tatbestände zusätzliche Einteilungen erforderlich erscheinen, sind sie hinzuzufügen; bisher ist dies aber m. E. noch nicht möglich, und daher werde ich unter Gefälligkeitsverhältnissen alle diejenigen unentgeltlichen Dienst- und Sachleistungen verstehen, die weder im BGB. als unentgeltliche Verträge geregelt, noch Mischverträge aus den letzteren sind.

Welche konkreten Einzeltatbestände Gefälligkeitsverhältnisse sind, läßt sich nach der hier vorgenommenen Definition zunächst nur unter Vorbehalten sagen. Da die Gefälligkeitsverhältnisse als »unbenannte« unentgeltliche Tatbestände angesehen wurden, ergibt sich ihr tatsächliches Gebiet erst mittelbar aus demjenigen, das den »benannten« Verträgen zugemessen wird. Umgekehrt wird aber mit Recht auch dies letztere Gebiet weitgehend von der Beurteilung der Gefälligkeitsverhältnisse abhängig gemacht; und daher setzt — wenn auch das Vorhandensein »unbenannter« unentgeltlicher Tatbestände bereits zugrunde gelegt worden ist — die genauere Beantwortung der Frage, welcher Sachverhalt im einzelnen ein Gefälligkeitsverhältnis, und welcher ein unentgelt-

licher Vertrag des BGB. ist, sehr häufig schon eine Vielzahl rechtlicher Werturteile voraus: eine materielle Stellungnahme, die nicht der Anfang, sondern erst eins der Ergebnisse aller Untersuchungen über Gefälligkeitsverhältnisse sein kann. Offenkundig ist jedoch, daß das Gebiet der zunächst einmal für diese Untersuchungen grundsätzlich in Betracht kommenden Tatbestände vielgestaltig und groß ist: Es umfaßt sowohl die Gefälligkeitsfahrt, als auch schon die Hilfeleistung beim Öffnen der Tür eines Eisenbahnwagens [22]), die momentane Überlassung eines Kursbuchs und die unentgeltliche Erlaubnis, auf einem Privatweg spazieren zu gehen oder Holz auf einem Grundstück zu lagern, die Auskunft über den Namen eines Berges, die Verabredung, gemeinsam ein Theater zu besuchen, und das unentgeltliche (nicht beispielsweise im Rahmen eines Mietvertrages erfolgende) Versprechen, nicht Teppiche zu klopfen. Alle diese Leistungen und Zusagen scheinen zunächst rechtlich bedeutungslos zu sein; ihre rechtliche Bewertung spielt aber eine Rolle, wenn Komplikationen eintreten: wenn in ursächlichem Zusammenhang mit der Gefälligkeitsfahrt oder dem Öffnen der Tür des Eisenbahnwagens derjenige, dem die Gefälligkeit erwiesen wird, oder auch dessen Vermögen oder Eigentum, verletzt werden; wenn hinsichtlich des Kursbuchs oder der Grundstücke die Besitzverhältnisse und die Widerrufs- und Kündigungsbefugnisse streitig werden; wenn die Auskunft über den Namen des Berges unrichtig ist, oder die, unter den Beispielen zuletzt genannten Vereinbarungen nicht eingehalten werden und dadurch Nachteile entstehen. In allen diesen Fällen ist die Beurteilung der zugrunde liegenden Gefälligkeitsverhältnisse wesentlich. Und wenn auch praktisch die Gefälligkeitsfahrten und die aus ihnen sich ergebenden Konflikte bei weitem am wichtigsten sind, so sind doch die Ausgangspunkte bei den anderen Gefälligkeitsverhältnissen sehr ähnlich, so daß in der vorliegenden Arbeit, die vor allem einen Versuch darstellen soll, zu den grundsätzlichen Fragen

22) Dies Beispiel wird im Anschluß an einen Rechtsstreit (beim Öffnen der Tür war ein Kleid beschädigt worden) von Behrend erörtert (Recht 1919 Sp. 291).

Stellung zu nehmen, auch eine gemeinsame Behandlung aller Gefälligkeitsverhältnisse notwendig erscheint.

Diese Behandlung soll sich auf zwei Fragen erstrecken: darauf, inwieweit die Gefälligkeitsverhältnisse schuldrechtliche Verträge sind, und darauf, inwieweit in Fällen »mißglückter« Gefälligkeitserweise auf seiten des die Gefälligkeit Erweisenden gehaftet wird, insbesondere, welcher Haftungsmaßstab in ihnen zugrunde zu legen ist.

Hinsichtlich der Frage nach dem schuldrechtlichen Vertragscharakter der Gefälligkeitsverhältnisse ist hierbei an sich davon auszugehen, was überhaupt ein Schuldverhältnis und vor allem ein schuldrechtlicher Vertrag ist. Andererseits ist jedoch sowohl dies, als auch die Frage, was ein Rechtsgeschäft und eine Willenserklärung ist, noch ungeklärt. Das BGB. hat in allen diesen Punkten von Definitionen abgesehen[23]). Es hat zwar die Wirkungen der Rechtsgeschäfte, Schuldverhältnisse und schuldrechtlichen Verträge geregelt und auch einzelne Fälle genannt (z. B. in den §§ 134, 138 BGB.), in denen diese Wirkungen nicht eintreten sollen; darüber hinaus hat es aber nicht positiv die Voraussetzungen oder die konkreten Fälle aufgezählt, bei deren Vorliegen die Rechtsgeschäfts-, Schuldverhältnis- und Schuldvertragswirkungen

23) Hinsichtlich des »Rechtsgeschäftes« sagen die Motive zwar (Bd. I S. 126), es sei »eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist«; hinzugefügt wird dann jedoch, daß dieser Auffassung im Entwurf des BGB. kein »besonderer Ausdruck« gegeben worden sei. »Die Gefahr, durch eine wie immer geartete Fassung irre zu leiten«, sei »ungleich größer, als die entgegengesetzte Gefahr, daß die Rechtsprechung schwankt und die für die Rechtsgeschäfte maßgebenden Grundsätze auf Handlungen, welche die Natur von Rechtsgeschäften nicht haben, anwendet, oder daß sie wirkliche Rechtsgeschäfte verkennt«. Außerdem werden nach den Motiven (Bd. I S. 126) »die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht«, und hiervon ist der Begriff der Willenserklärung im BGB. ebenfalls offen gelassen worden. — Zum Begriff des Schuldverhältnisses s. ferner Motive Bd. II S. 2: »Der Entwurf enthält sich einer Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses. . . . Eine solche aufzustellen ist nicht Sache des Gesetzes, bleibt vielmehr der Wissenschaft überlassen. Es wäre höchst gefährlich, durch einen gesetzlichen Ausspruch dem über den Begriff und das Wesen des Schuldverhältnisses in der Wissenschaft bestehenden Streite vorzugreifen.«

eintreten sollen; und in dieser Hinsicht haben sich auch in Rechtsprechung und Rechtslehre einheitliche Auffassungen nicht gebildet, sondern bestehen zahlreiche, durchaus verschiedenartige Meinungen [24]).

Diese letzteren sollen hier insoweit dargelegt werden, als sie die Merkmale ergeben, aus denen in Theorie und Praxis das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Schuldverhältnissen und obligatorischen Verträgen gefolgert zu werden pflegt. Danach werden im gleichen Abschnitt die Gesichtspunkte wiederzugeben sein, die vertreten werden, um hinsichtlich der Gefälligkeitsverhältnisse die — mit dem Problem des schuldrechtlichen Vertragscharakters zusammenhängenden — Fragen des Haftungsmaßstabes zu regeln; und schließlich soll in den weiteren Abschnitten versucht werden, zu ermitteln, inwieweit die vorgefundenen Vertrags- und Haftungskriterien die rechtliche Erfassung der Gefälligkeitsverhältnisse ermöglichen, oder inwieweit unabhängig von ihnen auf andere in der Rechtslehre vertretene Gesichtspunkte, zurückzugreifen ist. Hierfür kommt m. E. der Gesichtspunkt der Interessenabwägung in Betracht, der auch bei der zum Schluß erfolgenden eigenen Stellungnahme zu den Fragen des schuldrechtlichen Vertragscharakters und des Haftungsmaßstabes der Gefälligkeitsverhältnisse zugrunde gelegt werden wird.

---

24) Über die Problematik des Rechtsgeschäftsbegriffs und die verschiedenartigen Versuche, diesen Begriff zu klären, s. v. Hippel S. 6 ff. Die bisherige Vergeblichkeit dieser Versuche erklärt v. Hippel damit, daß es einen einheitlichen Rechtsgeschäftsbegriff gar nicht geben könne, daß er nur einen »Sammelausdruck« darstelle für sehr mannigfaltige juristische Tatbestände, eine Vielzahl von Antworten auf verschiedene, bezüglich wechselnder Sachverhalte gestellter Fragen.

II. Die Stellungnahme von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zu den Fragen des schuldrechtlichen Vertragscharakters und des Haftungsmaßstabes der Gefälligkeitsverhältnisse.

1. Merkmale des Schuldverhältnisses und des obligatorischen Vertrages.

a) Objektive Kriterien.

Unter den objektiven Kriterien des Schuldverhältnisses bildet den Ausgangspunkt das Merkmal des Vermögensinteresses. Es geht zurück auf das römische Obligationenrecht und auf den Grundsatz der Geldkondemnation des römischen Formularprozesses.

Die Geldkondemnation ist geschichtlich betrachtet eine Fortbildung der »Lösungssumme«, die zu zahlen war, um das Racherecht der Selbsthilfe auszuschließen: ein Überrest aus der Zeit, in der Zivilrecht und Strafrecht noch identisch waren. Sie bedeutete, daß die Rechtsordnung noch nicht unmittelbar die vom Schuldner seinem Gläubiger geschuldete Leistung erzwang, daß sie vielmehr in den Fällen, in denen die Forderung keine Geldzahlung zum Gegenstand hatte, die Naturalherstellung des geschuldeten Zustandes nur mittelbar durch die Verurteilung zur Geldleistung herbeizuführen suchte [1]). Für den sachlichen Bereich des Obligationenrechts ergab sich hieraus, daß nur diejenigen Ansprüche klagbar waren, die entweder auf eine Geldzahlung gerichtet, oder zum mindesten in eine Geldforderung umwandelbar waren; und diese Rechtslage entsprach auch der grundsätzlichen Auffassung, die nach klassischem römischem Recht vom Wesen der Obligation bestand: der Auffassung, daß die Obligation nicht ein Unterordnungs-, sondern ein Nebenordnungsverhältnis darstelle, daß sie sich daher nicht auf die gesamte Sphäre persönlichen Handelns erstrecke, sondern auf Handlungen von Vermögensinteresse be-

1) Sohm-Mitteis-Wenger S. 693.

schränkt bleiben müsse, von denen sich der Schuldner, falls er die Obligation nicht erfüllen wolle, durch Schadensersatzleistung in Geld befreien könne [2]).

Diese Vorstellungen, die das Ergebnis einer langen Entwicklung und außerordentlicher juristischer und praktischer Erkenntnisse darstellten — sie beruhten auf der Beseitigung der ursprünglichen Trennung von Schuld und Haftung und auf der Überwindung der gewaltrechtlichen, die Unterordnung unter den Gläubiger bedeutenden Haftungsausgestaltung, und sie bezogen sich schon auf ein vielgestaltiges Kontraktsystem [3]) — sind mit diesem Kontraktsystem in Deutschland rezipiert worden und liegen im wesentlichen auch dem Schuldrecht des BGB. zugrunde. Das Prinzip der Geldkondemnation ist zwar aufgegeben worden (s. die §§ 883 ff. ZPO.), der grundsätzliche Zusammenhang, der nach römischem Recht zwischen Obligation und Vermögensinteresse bestand, hat aber bewirkt, daß das letztere noch während der Zeit des gemeinen

2) Sohm-Mitteis-Wenger S. 353 ff.

3) Wie auch in anderen unentwickelten Rechten waren ursprünglich die Schuld (die Verpflichtung zu einer Leistung) und die Haftung (die Rechtsnachteile bei Nichterfüllung der Verpflichtung) nicht unmittelbar miteinander verbunden gewesen, sondern neben der Schuld mußte die Haftung besonders übernommen werden, und die Personen des Schuldners und des für die Schuld Haftenden brauchten überhaupt nicht identisch zu sein. Außerdem hatte sich die Haftung selbst nicht nur auf das Vermögen, sondern unmittelbar auch auf das Leben, die Freiheit und den Körper des Haftenden erstreckt; und ebenso hat sich das Kontraktsystem erst allmählich gebildet, während zunächst nur die Form des Tausches als vermögensrechtliches Verkehrsgeschäft bestand. Sie wurde, nachdem der Kupferbarren als Zahlungsmittel eingeführt war, in den zwölf Tafeln durch die mancipatio und das nexum ergänzt, aber erst durch Interpretation der zwölf Tafeln und durch die Formeln des Prätors wurden weitere Klagebefugnisse gegeben und weitere entgeltliche und unentgeltliche Tatbestände mit schuldrechtlichen Wirkungen ausgestattet. Von den unentgeltlichen Verträgen wurde aus der mancipatio durch Interpretation auf dem Umwege über den Scheinkauf (Kauf für einen Sesterz) die Schenkung entwickelt, und unter den Realkontrakten wurden dann auch Leihe, Verwahrung und Darlehen rechtlich geregelt, sowie unter den Konsensualkontrakten der Auftrag. Das Darlehen (mutuum) war nach römischem Recht unverzinslich (eine Zinszahlungsverpflichtung konnte nur durch besonderen Verbalkontrakt hinzugefügt werden); es unterschied sich vom nexum dadurch, daß es sich nicht nur auf Geld, sondern — wie nach heutigem Recht — auf alle vertretbaren Sachen bezog. — Im einzelnen s. Sohm-Mitteis-Wenger, insbes. S. 47 ff., 58, 387 ff.

Rechts von der herrschenden Meinung als zum Wesen des Schuldverhältnisses gehörig angesehen wurde; und vereinzelt wird das Kriterium des Vermögensinteresses auch nach heutigem Recht noch befürwortet.

Abgesehen von der zur Zeit des gemeinen Rechts noch in Kraft gewesenen generellen Bindung an das römische Recht, bestehen die nach gemeinem und bürgerlichem Recht zugunsten des Merkmals des Vermögensinteresses angeführten, selbständigen Gesichtspunkte darin, daß die »obligatorischen Rechtsverhältnisse« bestimmt seien, »dem Austausch der wirtschaftlichen Güter zu dienen« [4]), und daß demgegenüber — zumal seit für die Eingehung von Verträgen grundsätzlich keine besonderen Formen mehr gelten — die unjuristischen, gesellschaftlichen Pflichten durch eine »sichere Grenze« [5]) abgesondert werden müßten. Hierfür wird als Kriterium dasjenige des Vermögensinteresses für zutreffend gehalten und gegenüber dem römischen Recht nur insofern abgewandelt, als nicht mehr eine tatsächliche, durch die Leistung bewirkte, Vermögensvermehrung verlangt, sondern als ausreichend angesehen wird, »daß es sich um Dinge handelt, die im Verkehr für Geld zu haben sind« [6]). »Das Vermögensinteresse« wird dann darin erblickt, »daß der Gläubiger Auslagen erspart, die er für Beschaffung des geschuldeten machen muß, wenn es ihm nicht vertragsgemäß geleistet wird« [7]).

Bestritten wurde die Existenz des Merkmals des Vermögensinteresses zur Zeit des gemeinen Rechts vor allem von Wind-

---

4) Hellwig S. 235. — Hellwig wendet sich gegen die Windscheid und dem BGB. zum Vorwurf gemachte »Übertreibung des Willensmoments«, da durch sie die »notwendige Beschränkung der Kraft des Verpflichtungswillens nach dem Verkehrsbedürfnisse« übersehen, und der »Begriff der Obligation grenzenlos« ausgedehnt worden sei (S. 236). Er hält an der Regelung des BGB. für unangemessen, daß das Erfordernis des Vermögensinteresses hinsichtlich der obligatorischen Verträge verworfen, aber in den Fällen rechtswidriger Verletzungen, in denen es tatsächlich unzutreffend sei, aufrechterhalten werde (§ 253 BGB. S. 247).

5) Dernburg, Pandekten Bd. II § 17.

6) Dernburg a. a. O. § 17; ferner ebenso Hellwig S. 230 und Oertmann § 241 Anm. 1 b.

7) Dernburg a. a. O. § 17.

scheid [8]). Er stellte zwar den Grundsatz der Geldkondemnation nicht in Abrede, nahm aber an, daß trotzdem im römischen Recht »Forderungsrechte auch ohne Vermögensinteresse des Gläubigers anerkannt« worden seien, und daß in diesen Fällen der Richter »auf eine durch sein Ermessen zu bestimmende Geldsumme verurteilt habe«.

Nach dem Recht des BGB. wird das Erfordernis des Vermögensinteresses als Merkmal des Schuldverhältnisses entgegen dem schon erwähnten Standpunkt Hellwigs und Oertmanns [9]) von der herrschenden Meinung abgelehnt. Es wird geltend gemacht, daß § 241 BGB. es absichtlich nicht erwähne, und daß eine Schutzlosigkeit oder rechtliche Schlechterstellung ideeller Interessen den in Kulturstaaten bestehenden Bedürfnissen zuwiderlaufe [10]).

Statt des Erfordernisses eines Vermögensinteresses wird nach bürgerlichem Recht im allgemeinen dasjenige des »schutzwürdigen« Interesses vertreten [11]), oder — in anderen Formulierungen — das Kriterium eines nach richterlichem Ermessen »berechtigten« Interesses [12]) oder eines »zur rechtlichen Anerkennung geeigneten« Interesses [13]). Diese Merkmale sind zunächst sehr farblos und unbestimmt, außerdem wird ihnen aber auch der Gesichtspunkt des »Interesses« als solcher vorgeworfen. Hierfür ist bezeichnend die Stellungnahme Leonhards [14]). Leonhard gibt zwar zu, daß »die Rechtsordnung die Rechtsbefugnisse nicht aus blinder Willkür, sondern um berechtigte Interessen zu

8) Pandekten Bd. II § 251 Anm. 3. — Gegen das Erfordernis des Vermögensinteresses außerdem insbesondere auch v. Jhering im Rechtsgutachten betr. die Gäubahn (JJ. Bd. 18 S. 1 ff., insbes. S. 89).

9) S. S. 17 Anm. 4 und 6 dieser Arbeit.

10) So z. B. Enneccerus-Lehmann Bd. II S. 7. — In den Motiven wird das Erfordernis des Vermögensinteresses ausdrücklich abgelehnt (Motive zum BGB. Bd. II S. 3).

11) S. z. B. v. Staudinger-Werner, Einl. zum 2. Buch Anm. I 8; Enneccerus-Lehmann, Bd. II S. 7 und von den Dissertationen z. B. Dahmann S. 30 ff., Terwiel S. 52.

12) So schon nach gemeinem Recht Windscheid, Pandekten, Bd. II § 251 Anm. 3.

13) RGR. Komm. § 241 Anm. 1.

14) Das Schuldrecht des BGB., Bd. I, 1929, S. 49 ff.

schützen«, verleiht [15]), er hält aber um die »rechtlichen Pflichten von anderen, die nur der Sittlichkeit oder Sitte angehören, abzugrenzen«, den Begriff des schutzwürdigen Interesses — und ebenso auch denjenigen des Vermögensinteresses — für ungeeignet. Da abgesehen von Sitten- oder Gesetzwidrigkeit der Zweck der Schuldverhältnisse für deren Gültigkeit unerheblich sei, kann seiner Ansicht nach jedenfalls der Nachweis eines Vermögens- oder schutzwürdigen Interesses für die Annahme eines Schuldverhältnisses nicht verlangt werden, und als maßgeblich betrachtet er statt der »Art des Interesses« die »Natur der Abmachung« [16]). Außerdem macht er geltend, daß der Richter die Schutzwürdigkeit häufig nicht werde beurteilen können, daß es den Parteien (z. B. bei Erfindungen) nicht immer zuzumuten sei, sie darzulegen, und daß es sich u. U. auch um Liebhabereien (z. B. Sammlungen) handeln könne, die der Richter für überflüssig halte, und die es vielleicht auch seien, die aber trotzdem den Gegenstand von Obligationen bilden könnten [17]).

Verwandt mit der eben berührten Erwägung, daß nicht die »Art des Interesses«, sondern die »Natur der Abmachung« für das Vorliegen schuldrechtlicher Beziehungen maßgebend sei, sind sodann auch die übrigen im Schrifttum vertretenen Kriterien des Schuldverhältnisses: der Gesichtspunkt der verschiedenen »Sphären«, das Merkmal der »Einwirkung auf Rechtsgüter« und dasjenige der Sittenwidrigkeit.

Bei den verschiedenen Sphären [18]) handelt es sich einerseits um die »geschäftsmäßige«, und andererseits um die »gesellige« Sphäre. Die letztere wird als dem Rechtsleben überhaupt entzogen betrachtet; sie umfaßt aber nicht nur Handlungen ge-

15) S. 53.
16) S. 51.
17) S. 53.
18) Der Gesichtspunkt wird — z. T. neben anderen Kriterien — z. B. vertreten von Kohler (Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. II Teil I S. 120), v. Jhering (JJ. Bd. 18 S. 92 ff.) und Enneccerus-Lehmann (Bd. II S. 7); ferner wird er in verschiedenen Dissertationen über Gefälligkeitsverhältnisse verwendet: s. Dahmann S. 32 ff., Gonnermann S. 18 ff., Klünder S. 31, Lucas S. 16, Schröder S. 42.

sellschaftlichen Charakters, sondern ebenso z. B. auch Tatbestände religiöser Art [19]), so daß die Kategorien terminologisch mißverständlich, und insbesondere zu eng sind. Hinsichtlich der genaueren Abgrenzung der Sphären wird von Fischer als Anhaltspunkt das Gewicht angesehen, das innerhalb konkreter Gesamttatbestände den zu beurteilenden Leistungen oder Versprechen zukommt. In der geschäftlichen Sphäre stellen sie seiner Ansicht nach den alleinigen oder wenigstens überwiegenden Inhalt der Tatbestände dar; in der geselligen Sphäre spielen sie »eine untergeordnete Rolle«; sie erfolgen »gleichsam nebenbei«, neben den, den eigentlichen Anlaß und Inhalt der Beziehungen bildenden »geselligen Interessen« [20]).

Den Gesichtspunkt der »Einwirkung auf Rechtsgüter« vertritt vor allem v. Blume, der Handlungen dann für rechtlich unerheblich hält, wenn sie weder bestimmt sind, »eine Einwirkung auf die Person oder das Vermögen eines anderen auszuüben«, noch »in unerlaubter Weise einen solchen Einfluß« haben [21]); und der Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit begegnet in der Form, daß nicht nur die an sich sittenwidrigen Handlungen rechtsunwirksam seien, sondern daß es auch unsittlich sei, Handlungen zum Gegenstand von Schuldverhältnissen

19) Für den Gesichtspunkt der verschiedenen Sphären ist in religiöser Hinsicht charakteristisch die Entscheidung RG. Bd. 57 S. 250 ff., der als Sachverhalt eine — im Rahmen eines vor dem OLG. Posen geschlossenen Prozeßvergleichs erfolgte — Einwilligung in die jüdische rituelle Scheidung zugrunde lag. Das Reichsgericht hielt diese Vereinbarung für unwirksam, weil sie auf etwas gerichtet sei, das »Gegenstand einer rechtlichen Abmachung überhaupt nicht sein kann«, und führte hierzu grundsätzlich folgendes aus: Nachdem der Staat »in Ansehung der Ehe sein Lebensgebiet gegen das der Kirche und Religion fest umgrenzt hat, kann und darf ein Übergreifen von der einen Sphäre in die andere nicht stattfinden. Die Bindung der Willen auf dem Gebiet der Religion ist eine Bindung des Gewissens und des Herzens, die Erfüllung der daraus erwachsenden Verbindlichkeiten eine religiöse und sittliche Pflicht. Eine rechtliche Fesselung der Willen gibt es hier nicht und kann es nicht geben. Diese Grundsätze folgen aus der Wesensverschiedenheit der staatlichen und der religiösen Gemeinschaft von selbst und bedürfen keiner bestätigenden Beweisführung« (S. 256).

20) Fischer S. 28.

21) Recht 1908 Sp. 652; ähnlich ferner Hansen S. 11/12, Hempfing S. 13, Hinrichs S. 13/14 und Rathey S. 9.

zu machen, die aus ethischen oder moralischen Gründen einer rechtlichen Bindung entzogen bleiben müssen [22]).

b) Der Verpflichtungswille.

Teils in Verbindung mit einem der objektiven Kriterien, teils aber auch unabhängig von ihnen, wird im übrigen bei der Beurteilung der Frage, was ein Schuldverhältnis ist, ganz allgemein auf den Parteiwillen abgestellt. Dies entspricht dem Standpunkt der bereits zitierten [23]) Äußerung der Motive, nach welcher die Rechtsgeschäfte als diejenigen Privatwillenserklärungen aufgefaßt werden, die »auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges« gerichtet sind, »welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist« [24]). Durch diese Formulierung werden die Rechtswirkungen zum mindesten a u c h (neben der Rechtsordnung) [25]) vom Parteiwillen abhängig gemacht; und da sie bei den Schuldverhältnissen nach § 241 BGB. darin bestehen, daß der »Gläubiger berechtigt« ist, vom »Schuldner eine Leistung zu fordern«, und der Schuldner demnach verpflichtet ist, die Leistung zu erbringen, wird nach allgemeiner Auffassung als Kriterium des Schuldverhältnisses ein bei den Parteien vorliegender derartiger Verpflichtungswille verlangt [26]).

Das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieses Verpflichtungswillens

22) Windscheid-Kipp, Bd. II S. 11; Enneccerus-Lehmann, Bd. II S. 7; Lucas S. 16/17.

23) S. 13 Anm. 23.

24) Motive zum BGB. Bd. I S. 126.

25) Das Verhältnis zwischen Parteiwillen und Rechtsordnung ist durch die Formulierung nicht angegeben. Es ist nur ersichtlich, daß der Parteiwille sehr stark betont wird. Trotzdem spielt die Frage, welcher der Faktoren als das Primäre angesehen wird, eine entscheidende Rolle, und es wird daher später noch versucht werden, dazu Stellung zu nehmen (S. S. 60 ff. dieser Arbeit).

26) Von den Dissertationen s. z. B.: Balzereit S. 18, Buske S. 54, Cramer S. 10/11, Dahmann S. 26, Etzbach S. 23, Gonnermann S. 18, Hinrichs S. 17, Junge S. 38, Klünder S. 24, 62 (Befürwortung einer vom Verpflichtungswillen unabhängigen Beurteilung dagegen auf S. 32/33), Küsters S. 16/17, Lucke S. 38, Martel S. 25, Michaelis S. 8 ff., 14 ff., Pauly S. 18, Propach S. 14/15, Rathey S. 15, Schieferstein S. 27/28, Schröder S. 29 ff., insbes. S. 31, Schumacher S. 7, Sugg S. 12 ff., Terwiel S. 52, Thode S. 10, Wallraven S. 16/19, Wichers S. 28.

in den einzelnen Sachverhalten festzustellen, ist Sache der Auslegung und hierbei ergeben sich trotz der Einheitlichkeit des Ausgangspunktes große Schwierigkeiten und Abweichungen der Auffassungen: Einmal werden mit dem Ausdruck »Verpflichtungswille« verschiedene Bedeutungen verbunden, so daß umstritten ist, w a s genau genommen den Gegenstand der Ermittlungen darstellt; vor allem aber bestehen Schwierigkeiten darin, w i e der Verpflichtungswille zu ermitteln ist.

Bei der Frage, w a s zu ermitteln ist, handelt es sich einerseits darum, ob wirklich der Verpflichtungswille selbst zu ermitteln oder lediglich festzustellen ist, ob nach dem Inhalt der Parteierklärungen ein Verpflichtungswille als geäußert e r s c h e i n t; andererseits darum, ob der Wille eine r e c h t l i c h e Verpflichtung umfassen muß, oder ob er sich auch einfach auf eine wirtschaftliche Verpflichtung beschränken kann, und an diesen unjuristischen Willen dann erst ihrerseits die Rechtsordnung Rechtsfolgen anknüpft. Die erstere Frage läuft hinaus auf die, das ganze Gebiet der Willenserklärungen beherrschende Kontroverse der Willens- und der Erklärungstheorie, die letztere auf die Rechtsfolgen- und die Grundfolgentheorie. Hinsichtlich beider Streitfragen sollen hier der Übersichtlichkeit halber im wesentlichen nur die herrschenden Meinungen dargestellt, und bei der weiteren Wiedergabe der Merkmale der Schuldverhältnisse zugrunde gelegt werden.

Hinsichtlich des Problems der Willens- und der Erklärungstheorie ergibt sich hierbei, daß zur Zeit eine, mehr oder weniger zugunsten der Erklärungstheorie eingeschränkte, Willenstheorie als herrschend anzusehen ist; und zwar wird dies nicht so sehr aus dem BGB. gefolgert, als vielmehr aus außergesetzlichen und grundsätzlichen Erwägungen. Die §§ 116 ff. BGB. sind sowohl für die eine, als auch für die andere der Theorien als beweiskräftig angesehen worden, und bedeuten keine einheitliche Stellungnahme, sondern eine aus praktischen Erwägungen getroffene Einzelregelung [27]). Andererseits wird jedoch für die »nicht ausnahmslose«

27) S. Denkschrift zum Entwurf eines BGB., S. 17.

Willenstheorie, d. h. für die grundsätzliche Anerkennung des wirklichen Willens, der »Grundgedanke« geltend gemacht, »daß die Rechtsgeschäfte dem Menschen gegeben sind als Mittel, seine Verhältnisse seinen Bedürfnissen und Mitteln gemäß durch den eigenen Willen (nicht bloß durch Erklärungen, die vielleicht weit von dem als wünschenswert Erkannten abweichen) zu gestalten« [28]). Hieraus ergibt sich dann für die Auslegung von Willenserklärungen, daß entsprechend dem § 133 BGB. »der wirkliche Wille zu erforschen« ist, und die Erklärung dieses Willens nur insofern »eine Schranke« bildet, als der Wille in ihr »irgendwie« zum Ausdruck gekommen sein muß [29]). Das letztere wird aus den Bedürfnissen der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gefolgert, und insofern in § 133 BGB. bestätigt gefunden, als danach der wirkliche Wille nur »bei« der Auslegung zu erforschen ist, das Objekt der Auslegung jedoch die »Willenserklärung« bildet [30]).

Von der Rechtsfolgen- und der Grundfolgentheorie entspricht der durchaus herrschenden Meinung die erstere. Danach wird in dem »Wollen eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolges als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes regelmäßig die entsprechende Rechtsfolge mitgewollt«, so daß der Erfolg »als Rechtserfolg gewollt« wird [31]). Außerdem wird gegen die Grundfolgentheorie eingewandt, daß die Auffassung, man denke bei den »Geschäften des täglichen Lebens nicht an die Rechtsfolgen« auf einer unzutreffenden Identifizierung von »Rechtsfolgen« und »Gericht und Klagbarkeit« beruhe. In Wirklichkeit z. B. werde von »Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter« durchaus daran gedacht, »daß der Kaufpreis oder Mietzins bezahlt werden muß, daß also Rechtspflichten entstehen« [32]).

---

28) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 512 (§ 155 II).

29) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 634/635 (§ 192 I 1 und 2).

30) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 634. — Die wiedergegebenen Gesichtspunkte entsprechen — zum mindesten im Prinzip — der herrschenden Meinung.

31) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 438 Anm. 3.

32) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 438 Anm. 3. — Außerdem wird dort auch darauf hingewiesen, daß ein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Erfolg oft auf verschiedenen rechtlichen Wegen erreicht werden könne, und hier die

Bei der Frage, w i e der demnach im allgemeinen als Merkmal des obligatorischen Vertrages angesehene »wirkliche«, »irgendwie« zum Ausdruck gekommene, »rechtliche« Verpflichtungswille zu ermitteln ist, liegen die Schwierigkeiten nicht sowohl auf dogmatischem, als vielmehr auf tatsächlichem Gebiet. Theoretisch ist der Verpflichtungswille zu entnehmen aus den objektiv erfolgten Äußerungen der Parteien und aus der »verkehrsmäßigen Bedeutung« der diese Äußerungen begleitenden »gesamten Umstände«. Praktisch sind beide Anhaltspunkte jedoch oft unzulänglich, und zwar ist dies bei den als Gebiet der Auslegung hier in Betracht kommenden Gefälligkeitsverhältnissen in ganz besonderem Maße der Fall. Bei ihnen liegen verwertbare Äußerungen meistens nicht vor; ebenso läßt sich aber auch schwer auf Grund der verkehrsmäßigen Bedeutung der gesamten Umstände ein Parteiwille als geäußert ansehen, weil sich eine solche »verkehrsmäßige Bedeutung« in rechtlicher Hinsicht hier noch nicht gebildet hat. Sowohl von Laien, als auch von Juristen wird bei den betreffenden Sachverhalten an die rechtliche Seite regelmäßig gar nicht gedacht: Man denkt nicht daran, was es rechtlich bedeutet, in der Bahn vorübergehend ein Kursbuch wegzugeben, oder beim Öffnen der Tür zu helfen; und daher hat auch die Rechtswissenschaft wenig rechtliche Anhaltspunkte aus einer Verkehrsanschauung entnehmen können. Gleichwohl läßt sich allerdings die Auslegung der Gefälligkeitsverhältnisse auf die »gesamten Umstände« noch eher stützen, als allein auf die Parteiäußerungen selbst, und daher wird anscheinend auch überwiegend in dieser Weise verfahren: Es werden Gesichtspunkte dargelegt, aus denen man auf die »verkehrsmäßige Bedeutung« der gesamten Umstände, und auf einen danach vorliegenden Verpflichtungswillen schließen kann.

Parteien gar nicht umhin könnten, auch rechtlich Stellung zu nehmen, zumal auch bei den fiduziarischen Geschäften, bei denen wirtschaftliche und Rechtswirkungen gar nicht identisch seien. — Auch hier entsprechen die wiedergegebenen Gesichtspunkte der herrschenden Meinung. Die entgegengesetzte Auffassung (Grundfolgentheorie) wird insbesondere von Danz vertreten (Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 3. Aufl. Jena 1911, S. 6 ff., insbes. S. 11).

Hierbei begegnen, wenn auch in anderer Bedeutung, analoge Merkmale, wie die bereits dargelegten objektiven Kriterien des Schuldverhältnisses. Ähnlich dem Gesichtspunkt der verschiedenen Sphären wird wieder auf den mehr oder minder ausgeprägten gesellschaftlichen Charakter der Gefälligkeitsverhältnisse abgestellt, nur mit dem Unterschied, daß er ein Indiz gegen einen Verpflichtungswillen darstelle, nicht in der objektiven Bedeutung eines schuldrechtlich von vornherein irrelevanten Bereichs [33]); vergleichbar mit den Merkmalen des Vermögens- und des schutzwürdigen Interesses ist ferner der Gesichtspunkt, daß aus der größeren oder geringeren »Wichtigkeit« der Gefälligkeitsverhältnisse auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verpflichtungswillens geschlossen werden könne — in anderen Formulierungen wird neben der Wichtigkeit selbst als maßgebend angesehen, ob der die Leistung Erbringende die Wichtigkeit kennt, oder auch, ob er weiß, daß der Leistungsempfänger die Leistung bei deren Unterbleiben auf andere Weise sicherstellen würde [34]) —; und schließlich wird in einen ähnlichen Zusammenhang mit dem Verpflichtungswillen auch die äußere Form der Gefälligkeitsverhältnisse gebracht, und das unter Gefälligkeitszusage und Gefälligkeitsleistung bestehende zeitliche Verhältnis. Die Form wird hierbei übereinstimmend dann als Indiz für einen Verpflichtungswillen angesehen, wenn sie bestimmt und geschäftlich ist, hinsichtlich der Bewertung des genannten zeitlichen Verhältnisses sind dagegen die Ansichten verschieden: teils wird gesagt, daß ein Raum für eine Verpflichtung, und demnach auch ein Verpflichtungswille nur dann in Betracht komme, wenn eine Wirkung für die Zukunft möglich sei, d. h. Gefälligkeitszusage und -leistung nicht gleichzeitig erfolge, sondern die Zusage der Leistung vorhergehe [35]); teils wird umgekehrt geltend gemacht, daß in den Fällen

33) Junge S. 38, Wallraven S. 19.

34) S. Becker S. 7, Cramer S. 10/11, Etzbach S. 43, 46, Martel S. 30, Pauly S. 18, Schröder S. 37, Sugg S. 15.

35) Gonnermann S. 19/20. — Ähnlich auch Leonhard (Schuldrecht Bd. I S. 81/82), der in diesem Zusammenhang von »Gestattungsverträgen« und »Duldungspflichten« spricht, die gegeben seien, sobald eine Erlaubnis für eine in die

der Gefälligkeitsleistung ohne vorhergehendes Leistungsversprechen der Verpflichtungswille zusammen mit dem Willen, der Verpflichtung sofort nachzukommen, ohne weiteres aus der Erfüllungshandlung selbst ersichtlich sei [36]).

Daß zwischen den Auslegungsgesichtspunkten und den früher wiedergegebenen objektiven Kriterien des Schuldverhältnisses Analogien bestehen, läßt die zwischen ihnen hinsichtlich des Ausgangspunktes und der Betrachtungsweise vorhandenen grundsätzlichen Unterschiede unberührt; und zwar kommen dieselben insbesondere darin zum Ausdruck, daß sich alle Auslegungsgesichtspunkte ganz auf den Standpunkt der Parteien beziehen: entweder auf denjenigen beider Parteien, oder auch nur auf denjenigen einer Partei. Das letztere ist vor allem bei dem Argument der besonderen »Wichtigkeit« der Gefälligkeitsleistungen und -zusagen der Fall. Nach ihm wird, wenn der Empfänger der Leistung an derselben ein besonderes Interesse hat — wenn ihm z. B. versprochen wird, ihn gefälligkeitshalber zu einem bestimmten Zug zu fahren, oder für ihn einen wichtigen Brief einzuwerfen — ein nach der Verkehrsanschauung bestehender Verpflichtungswille des anderen Teils, und demnach ein Schuldverhältnis angenommen; wenn dieses Interesse weniger ausgeprägt ist — z. B. bei einer Einladung zu einer Spazierfahrt —, hingegen nicht [37]).

Auch soweit nicht schon offensichtlich von der »relativen« Willenstheorie und von der Rechtsfolgentheorie abgewichen wird, und trotz der für die »verkehrsmäßige Bedeutung« der »gesamten Umstände« entwickelten Anhaltspunkte, sind infolge der doch noch verbleibenden Auffassungsunterschiede und der verschiedenen Art, die konkreten Tatbestände zu bewerten, die praktischen Ergebnisse bei der Ermittlung des Verpflichtungswillens überaus mannigfaltig. Zum Teil bestehen sie darin, daß bei geringfügigeren

---

Zukunft reichende Benutzung (z. B. in einem Wagen mitzufahren, einen Mantel auf dem Flur abzulegen) erteilt werde,

36) Rathey S. 15, Lucke S. 39.

37) Gegen die einseitige Berücksichtigung des Standpunktes des Leistungsempfängers insbes. Buske (S. 57), da es darauf ankomme, daß der Leistende sich verpflichte, nicht darauf, daß der Leistungsempfänger ihn verpflichten wolle.

Gefälligkeiten des täglichen Lebens (z. B. in den Mantel helfen, Feuer zum Rauchen geben) nicht nur ein Verpflichtungswille geleugnet, sondern ein Schuldverhältnis schon mangels eines »Erklärungswillens« (d. h. des Willens, überhaupt eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben) in Abrede gestellt wird [38]); teils wird mit Argumentationen wie »ein Mann ein Wort«, »wer etwas verspricht, will es auch halten«, sowohl ein Erklärungs- als auch ein Verpflichtungswille bei sämtlichen Gefälligkeitsverhältnissen bejaht [39]); teils bilden zwischen diesen extremen Ansichten viele weitere einen Übergang, bei denen sich zwar einheitliche Gruppen insofern erkennen lassen, als ein Verpflichtungswille teils grundsätzlich geleugnet, teils grundsätzlich bejaht wird, erhebliche Abweichungen aber bestehen hinsichtlich des Umfangs der Ausnahmen, die von den jeweiligen Grundsätzen gemacht werden.

Sowohl wegen dieser Uneinheitlichkeit der Meinungen, als auch, weil sie häufig nur andeutungsweise zum Ausdruck gebracht wer-

---

38) Etzbach S. 24, 26; ähnlich auch Lucas S. 19.

39) So vor allem Geigel (Seuff. Bl. Bd. 77 S. 40); ferner Rathey (S. 15) und Lucke (S. 39), und weitgehend auch Buske, dadurch, daß er — anscheinend allerdings als Folge der Grundfolgentheorie — einen Unterschied zwischen einem gesellschaftlichen und einem rechtlichen Verpflichtungswillen leugnet (S. 56, 58).

Im Ergebnis übereinstimmend, ohne daß jedoch hinsichtlich der verwendeten Methode ausdrücklich Stellung genommen wird, sind ferner auch die Ansichten Böckels und Krückmanns.

Böckel führt hierbei als Argument auch noch die »Heiligkeit des Gastrechts« an, und seiner Ansicht nach sind Gefälligkeiten ohne rechtliche Verpflichtung wertlos (H. d. R. Bd. II S. 609). Zu Einschränkungen der Ergebnisse dieses Standpunkts gelangt er dann — wie dies auch bei den anderen Autoren der Fall ist — durch die Annahme weitgehender Kündigungs- und Widerrufsrechte. (S. darüber S. 30 ff. dieser Arbeit.)

Bei Krückmann kommen Einschränkungen insofern noch hinzu, als sich seiner Ansicht nach »Abreden der Geselligkeit und Gefälligkeit« von der »Gruppe der normalen Gefälligkeitsverträge« dadurch unterscheiden, daß »der Erfüllungsanspruch offenkundig schon ipso iure fehlt, so daß nicht einmal ein Versäumnisurteil zu erreichen sein würde«. Trotzdem haben nach Auffassung Krückmanns aber auch diese »Verträge« eine rechtliche Seite. Die Zusage eines Tanzes ist z. B. ein Gesellschaftsvertrag ohne Erfüllungsanspruch, denn jeder Teil übernimmt »besondere Sorgfaltspflichten, die ihn sonst nicht treffen würden. Das Gegenteil ist«, nach Ansicht Krückmanns »schlechthin unannehmbar, trotz Geselligkeit und Gefälligkeit« (JW. 1932 S. 3688).

den, ist es schwierig, sie genauer wiederzugeben, oder auch nur zu sagen, welche von ihnen herrschend sind. Immerhin besteht m. E. die Tendenz, einen Verpflichtungswillen nicht ohne weiteres anzunehmen, und neben den obligatorischen Verträgen weitgehend auch schuldvertragsrechtlich unerhebliche Tatbestände anzuerkennen [40]). Sie kommt insbesondere zum Ausdruck bei Enneccerus-Lehmann [41]), ferner entspricht sie den meisten Dissertationen, und im wesentlichen stimmt sie auch überein mit dem Standpunkt v. Blumes [42]).

Daß v. Blume trotzdem die Gefälligkeitsverhältnisse grundsätzlich (d. h., soweit er nicht eine »Einwirkung auf Rechtgüter« in Abrede stellt) [43]), als Vertrag auffaßt, hängt damit zusammen, daß er darunter nicht den obligatorischen Vertrag versteht, sondern den Vertrag als solchen, dem er nur die Bedeutung gibt, die Widerrechtlichkeit der Handlungen, und eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung auszuschließen [44]). Sachlich stimmt hierin v. Blume mit der herrschenden Meinung jedoch überein. Auch sie betrachtet die Gefälligkeitsverhältnisse nicht als von der Rechtsordnung völlig unberücksichtigt — soweit das Reichsgericht dies behauptet, und von einem »bloß tatsächlichen

---

40) Gemeint ist bisher immer die Stellungnahme des Schrifttums. Diejenige des Reichsgerichts werde ich in einem späteren Zusammenhang wiedergeben.

41) Bd. II S. 7 und 109.

42) Recht 1908 Sp. 649 ff.

43) S. S. 20 dieser Arbeit.

44) Im Anschluß an v. Blume wird der Begriff der »Naturalobligation mit schwächerer Wirkung« in bezug auf die Gefälligkeitsverhältnisse auch von Hansen verwendet (S. 36, damit nicht ganz übereinstimmend dann allerdings S. 40). Ferner wird hinsichtlich der Gefälligkeitsfahrten — neben einem Auftrag oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag — ein ähnlicher »am ehesten den Naturalobligationen des BGB. zur Seite« zu stellender »unentgeltlicher Beförderungsvertrag« ohne Verpflichtungswillen und ohne Beförderungsanspruch von Müller angenommen (S. 27 ff., insbes. S. 30/31); und ebenso findet diese besondere Form des Vertragsbegriffes auch Anwendung bei v. Staudinger-Werner (Einleitung zum 2. Abschnitt Anm. I — im Gegensatz übrigens zu v. Staudinger-Ostler, Einl. zum 7. Abschnitt Anm. 9). Sie wird von Propach als »Begriffsverwirrung« abgelehnt (S. 13), und ähnlich weisen auf die andersartige Verwendung der Begriffe bei v. Blume auch Terwiel (S. 44/45) und Lucas (S. 37/38) hin.

Vorgang ohne rechtliche Bedeutung« spricht [45]), handelt es sich wohl um eine Ungenauigkeit der Ausdrucksweise —, sondern nur als schuldvertragsrechtlich unerheblich. Als sachenrechtlicher Tatbestand und als Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB. werden sie, soweit derartige Gesichtspunkte überhaupt in Betracht kommen, ganz allgemein anerkannt. Die Abweichung von dem Standpunkt v. Blumes besteht nur darin, daß hierfür nicht ein Vertrag für notwendig, sondern eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, und vereinzelt sogar eine einseitige nicht-empfangsbedürftige Willenserklärung, für ausreichend gehalten wird, wozu als weiterer Unterschied allerdings auch noch hinzukommt, daß v. Blume seinen grundsätzlich unverbindlichen »Vertrag« hinsichtlich einzelner Nebenerscheinungen doch für verpflichtend hält. Trotz der Ablehnung einer Hauptverpflichtung wird von ihm wegen dieser Nebenverpflichtungen in dem »Gefälligkeitsvertrag« eine gewisse Haftungsgrundlage erblickt, und infolge dieser, nach durchaus herrschender Meinung widerspruchsvollen Argumentation, stellt seine Ansicht bei gleichzeitiger Betrachtung der Begründung und des Ergebnisses neben den anderen Auffassungen allerdings doch eine Einzelerscheinung dar [46]).

2. Methoden der Haftungseinschränkung.

a) Vertragliche Methoden.

Soweit die bisher wiedergegebenen Gesichtspunkte dazu führten, das Vorliegen obligatorischer Verträge auf dem Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse zu bejahen, hängt damit die Stellungnahme zu der Frage des Haftungsmaßstabes bereits zusammen: Sie ergibt sich dann im allgemeinen aus der Anwendung vertragsrechtlicher

45) RG. Bd. 65 S. 18.

46) Berührungspunkte bestehen zwar mit der Stellungnahme Krückmanns zu den »Abreden der Geselligkeit und Gefälligkeit« (s. S. 27 Anm. 39 dieser Arbeit). Krückmann hat hier ebenfalls einen Erfüllungsanspruch abgelehnt, aber Nebenverpflichtungen bejaht. Der Unterschied liegt dagegen im wesentlichen in der Subsumtion: Krückmann nimmt »benannte« Verträge oder Mischverträge an, v. Blume einen Vertrag sui generis (s. S. 29 ff. dieser Arbeit).

Rechtssätze des BGB., und zwar teils aus der unmittelbaren Anwendung, teils aus der analogen.

Den ersteren dieser Wege geht Krückmann. Wie schon dargelegt wurde [47]), nimmt Krückmann nicht nur an, daß alle Gefälligkeitsverhältnisse obligatorische Verträge sind [48]), sondern auch, daß sie als unentgeltliche Vertragstypen oder in der Form aus mehreren dieser Vertragstypen zusammengesetzter Mischverträge im BGB. geregelt sind. Er verwendet daher insbesondere hinsichtlich der Kündigungs- und Widerrufsfragen und hinsichtlich der Haftungsfragen die Vorschriften des Schenkungs-, Leihe-, Auftrags- und Verwahrungsrechts und gelangt, soweit es sich um den Haftungsmaßstab handelt im Ergebnis dazu, weitgehend auf Grund der §§ 521 und 599 BGB. (Schenkung und Leihe) die Haftung des die Gefälligkeitsleistung Erbringenden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzuschränken, oder auch auf Grund des § 690 BGB. (Verwahrung) eine Haftung für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten anzunehmen. Soweit es sich um gemischte Verträge im Sinne Krückmanns handelt, wird hierbei die Frage, welche Bestimmungen zur Anwendung kommen, davon abhängig gemacht, welches der juristischen Tatbestandselemente der unentgeltlichen Verträge in den konkreten Sachverhalten überwiegt. Die Gefälligkeitsfahrt erscheint so z. B. im allgemeinen — u. U. betrachtet Krückmann sie auch als reine Leihe [49]) — als Auftrag mit leiherechtlichem Element: Das Leiheelement wird zunächst als untergeordnet vernachlässigt, und ist »nur dann hervorzuholen, wenn hierfür ein durchschlagendes praktisches Bedürfnis besteht« [50]). Andererseits wird dies letztere dann gerade hinsichtlich der Haftungsmaßstäbe sehr häufig angenommen.

Die andere vertragliche Richtung wendet die Vorschriften über

47) S. S. 8 dieser Arbeit.

48) Wegen einzelner Modifikationen s. S. 27 Anm. 39 Abs. 4 dieser Arbeit.

49) Die Unterscheidung wird davon abhängig gemacht, ob eine Fortbewegung — sei es auch ohne ein bestimmtes Ziel — bezweckt ist, oder ob »der Zweck der bloßen Bewegung verdrängt wird von einem wichtigeren Zweck, z. B. der Besichtigung, Beobachtung, Erprobung« (Seuff. Bl. Bd. 74 S. 154 Note 3).

50) Seuff. Bl. Bd. 74 S. 117.

unentgeltliche Verträge analog an und stimmt daher in den Ergebnissen häufig mit Krückmann überein, nur sind hier die Methoden insofern uneinheitlich, als nach einer Auffassung die Gefälligkeitsverhältnisse — wenn auch bloß in einzelnen Beziehungen — gemeinsamen, den »benannten« Verträgen entnommenen Regeln unterworfen werden, und auf diese Weise eine einheitliche Kategorie, ein Vertrag sui generis, gebildet wird, nach einer anderen Auffassung dagegen einheitliche Regeln für alle Gefälligkeitsverhältnisse abzulehnen sind, und nur im Einzelfalle auf verwendbar scheinende gesetzliche Bestimmungen zurückzugreifen ist.

Von der herrschenden Meinung wird der erstere Weg gewählt. Sie gelangt für alle Gefälligkeitsverhältnisse auf seiten des die Gefälligkeitsleistung Erbringenden zu einheitlichen Haftungseinschränkungen und Kündigungs- und Widerrufsrechten, und Meinungsunterschiede bestehen hier nur insofern, als hinsichtlich des Haftungsmaßstabes umstritten ist, ob das Schenkungs- und Leiherecht oder das Verwahrungsrecht die rechtsähnlichste Regelung darstellt; je nach dem, wie diese Frage beantwortet wird, wird teils eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§§ 521, 599 BGB.) [51]), teils eine solche für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten angenommen (§ 690 BGB.) [52]). Hinsichtlich des Kündigungs- und Widerrufsrechts wird die Analogie hergeleitet aus den §§ 604 Abs. 3, 605, 671 Abs. 1, 695, 696 BGB. und bedeutet im Ergebnis, daß der Vertrag jederzeit aufgehoben werden kann, »solange das ohne Schaden« für den anderen Teil möglich ist [53]). Ferner ist bemerkenswert, daß sowohl der Haftungsmaßstab als auch das Kündigungs- und Widerrufsrecht neben der Analogie hilfsweise auf die §§ 157 und 242 BGB. gestützt zu werden pflegt, das Kün-

---

51) S. Geigel, Seuff. Bl. Bd. 77 S. 44; Böckel, H. d. R. Bd. II S. 612; v. Staudinger-Ostler, Einleitung zum 7. Abschnitt Anm. 9; Buske S. 62, Junge S. 39.

52) S. Küsters S. 47.

53) Geigel, Seuff. Bl. Bd. 77 S. 42; ähnlich ferner Buske S. 60; Cramer S. 21, Küsters S. 44, Sugg, S. 30 ff.

digungs- und Widerrufsrecht außerdem z. T. auch noch auf die §§ 226 und 826 BGB.

Soweit ein die Gesamtheit der vertraglichen Gefälligkeitsverhältnisse umfassender Vertrag sui generis geleugnet wird, und die einzelnen Gefälligkeitsverträge ihrerseits als eine Vielzahl von Verträgen sui generis angesehen werden, finden die allgemeinen Rechtsgeschäftsbestimmungen Anwendung, und ferner — soweit sie sich nicht auf gegenseitig verpflichtende Verträge beziehen — die allgemeinen Vertragsbestimmungen, während daneben in erster Linie der jeweilige Sachverhalt als maßgeblich betrachtet wird. Aus ihm wird die genauere Regelung entnommen, und soweit Bestimmungen unentgeltlicher »benannter« Verträge herangezogen werden, geschieht es nicht generell, sondern infolge der besonderen, im Einzelfall gegebenen Umstände, die dann praktisch allerdings weitgehend ebenfalls zur Annahme von Haftungseinschränkungen und von Kündigungs- und Widerrufsrechten führen.

Im übrigen gibt es auch hier sehr viele Zweifel: Teils werden nur einheitliche Haftungsgrundsätze, teils auch ein einheitliches Kündigungs- und Widerrufsrecht abgelehnt; vor allem aber werden auch die Begriffe häufig uneinheitlich verwendet, und insbesondere mit demjenigen des Vertrages sui generis verschiedene Bedeutungen verbunden.

b) Nichtvertragliche Methoden.

Soweit die Gefälligkeitsverhältnisse nicht als schuldrechtliche Verträge angesehen werden, kommen bezüglich des Haftungsmaßstabes an sich nur die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen in Betracht. Diese Rechtslage erschien jedoch als unzulänglich und in ihren Ergebnissen oftmals als unbillig [54]), und deshalb suchte man hier nach Lösungsmöglichkeiten, bei denen die Annahme obligatorischer Verträge entbehrlich ist.

---

54) Bezeichnend hierfür sind die schon zitierten zahlreichen Aufsätze im Anschluß an die Entscheidung RG. Bd. 54 S. 73 ff. (s. S. 5 Anm. 3 dieser Arbeit).

a. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Den wichtigsten dieser Versuche stellen die vom Reichsgericht vertretenen »stillschweigenden Willenserklärungen« dar: der »Haftungsausschlußvertrag« und das »Handeln auf eigene Gefahr«.

Das Reichsgericht verwendet als Kriterium für das Vorliegen eines obligatorischen Vertrages den Verpflichtungswillen und stellt die Entscheidung, ob ein solcher vorliegt, ganz auf den Einzelfall, auf die »besonderen Umstände«, ab. Bei deren Auslegung gelangt es grundsätzlich zur Ablehnung eines obligatorischen Vertrages, und modifiziert dann die demnach bestehenden rein deliktsrechtlichen Tatbestände dadurch, daß es ein zweites Mal die »besonderen Umstände« und deren Auslegung verwendet zur Konstruktion besonderer nichtschuldrechtlicher Willenserklärungen [55]).

Den Begriff der Auslegung faßt hierbei das Reichsgericht sehr weit. Es hält es für ausreichend, wenn die »leitenden Gesichtspunkte« feststehen und nimmt dann an, daß, »soweit nicht ein anderer Wille kundgegeben ist«, »die Beteiligten die Einzelheiten so geregelt wissen wollen, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehr zwischen billig denkenden Menschen und unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entspricht« [56]); und

55) So z. B. RG. Bd. 145 S. 390 ff., insbes. S. 394: Eine unentgeltliche Gefälligkeitsfahrt »braucht nicht unter allen Umständen ein Vertragsverhältnis auszuschließen; . . . ob durch die Unentgeltlichkeit ein Vertragsverhältnis ausgeschlossen wird, hängt von der Würdigung der Umstände des einzelnen Falles ab. Die Prüfung, ob ein bestimmter tatsächlicher Vorgang Rechtscharakter annimmt, oder außerhalb des Rechtsbodens verbleibt, kann nicht entbehrt werden. Wenn in einzelnen Entscheidungen die Vertragshaftung im Falle einer Gefälligkeitsfahrt abgelehnt worden ist, so ergab sich das aus der jeweiligen Sachlage«. Mit dem letzten Satz sind anscheinend die Entscheidungen RG. 141/262 ff. und 128/229 ff. gemeint. In ihnen wird in der Tat erheblich kürzer gesagt: »Die vertragliche Haftung« ist ausgeschlossen, »weil es sich um eine Gefälligkeitsfahrt handelte« (RG. 141/263); und: »S. war zu einer unentgeltlichen Gefälligkeitsfahrt eingeladen worden. Demnach kommt eine Haftung der Beklagten auf vertraglicher Grundlage, etwa auf der eines Beförderungsvertrages, nicht in Frage« (RG. 128/231).

56) RG. 67 S. 433, und ähnlich RG. Bd. 65 S. 313 ff., insbes. S. 314/315, wo gesagt wird, daß »Gebote des Anstandes und der Billigkeit nicht ohne weiteres als Vertragsnormen anzusehen sind«, daß aber »das Einverständnis der Beteiligten« (über die Ausführung einer gemeinsamen Fahrt), sich »zugleich darauf erstreckt«

aus dieser »allgemeinen Anschauung« entnimmt es dann den zur Anwendung zu bringenden Haftungsmaßstab; sei es — wie gesagt — unter dem Gesichtspunkt des »stillschweigenden Haftungsausschlußvertrages«, sei es unter demjenigen des »Handelns auf eigene Gefahr«, als einer Einwilligung in eine etwaige Verletzung, d. h. einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung, durch die die Widerrechtlichkeit der Verletzung ausgeschlossen wird [57]).

Im Ergebnis bedeutet diese Rechtsprechung vor allem, daß bei den Gefälligkeitsfahrten im allgemeinen ein Ausschluß der Gefährdungshaftung angenommen wird [58]) und unter Umständen — falls außer der Unentgeltlichkeit noch weitere Anhaltspunkte vorliegen — auch ein Ausschluß der Fahrlässigkeitshaftung [59]). Die

---

habe, »in allen nicht besonders besprochenen Punkten den Billigkeitsmaßstab als das beiderseits Gewollte gelten zu lassen«.

57) RG. Bd. 141 S. 262 ff., insbes. S. 265/266. — Anfangs ist der Begriff des Handelns auf eigene Gefahr unbestimmter und offensichtlich weniger rechtsgeschäftlich aufgefaßt worden, z. B. in der Entscheidung RG. Recht 1909 Nr. 1680: »Der Rechtsgedanke einer Übernahme einer Verantwortlichkeit bei ‚Handeln auf eigene Gefahr' hat zwar im BGB. einen positiven grundsätzlichen Ausdruck nicht gefunden, entspricht jedoch einer allgemein im Rechtsleben herrschenden Anschauung . . . Wofern die Handlungsweise dessen, der sich — außerhalb eines Vertragsverhältnisses — freiwillig der Gefahr eines Tierschadens ausgesetzt hat, an sich und objektiv so beschaffen ist, daß gesagt werden kann, er habe jene Gefahr auf sich genommen, bedarf es nicht erst der Konstruktion eines vertragsmäßigen Übereinkommens oder Verzichts«. — Die rechtsgeschäftliche Form des Handelns auf eigene Gefahr vertrat dann insbesondere Flad (Recht 1919 Sp. 13 ff.) und sie entspricht heute der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts.

58) So hinsichtlich der Tierhalterhaftung RG. Bd. 67 S. 434: »Es kann u. U. als selbstverständlich erscheinen, daher als stillschweigend vereinbart zu erachten sein, daß ein Fuhrbesitzer, der eine unentgeltliche Mitfahrt gestattet, von der Haftung für die besondere Gefahr befreit sei, welcher derjenige sich aussetzt, der seine Person dem Fuhrwerk anvertraut.« — Gegenüber den Insassen von Kraftfahrzeugen ist eine Gefährdungshaftung gemäß § 8 KFG. nicht gegeben. Auf sie trifft daher dieser Grundsatz des Reichsgerichts nicht zu.

59) So RG. Bd. 128 S. 232: »Handelt es sich bei der vom Schuldner übernommenen Leistung um eine Gefälligkeit, so wird der Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit als ein für den Ausschluß der Haftung auch für Fahrlässigkeitsschäden sprechender Umstand zwar keineswegs, wie besonders betont werden mag, der Regel nach, wohl aber beim Hinzutreten weiterer Umstände gewertet werden können.« Weitergehend ist allerdings die Entscheidung RG. JW. 1914 S. 589 Nr. 5: »Und ferner kann daraus, daß der Kläger sich von A. zu der Wagenfahrt

besonderen Umstände sind hierbei bei dem Haftungsausschlußvertrag und dem Handeln auf eigene Gefahr im wesentlichen die gleichen: Es sind Tatsachen, die in einer, für die Beteiligten erkennbaren Weise, eine nennenswert überdurchschnittliche Gefährlichkeit des Gesamttatbestandes ergeben.

Neben dem Haftungsausschlußvertrag und dem Handeln auf eigene Gefahr verwendet das Reichsgericht, um die Konsequenzen des Deliktsrechts einzuschränken, im übrigen auch das Mitverschulden des Geschädigten; und da es auch diesen Begriff weit faßt [60]), sind auch die Fälle des Mitverschuldens mit denjenigen des Haftungsausschlußvertrages und des Handelns auf eigene Gefahr praktisch zum großen Teil identisch. Grundsätzlichere Unterschiede bestehen andererseits im folgenden: Der Haftungsausschlußvertrag und das Handeln auf eigene Gefahr setzen im Gegensatz zum Mitverschulden nicht eine Außerachtlassung der verkehrsnotwendigen Sorgfalt voraus, sondern können auch in einem offensichtlich vorwurfsfreien Handeln enthalten sein; ferner unterliegen sie den Bestimmungen über Willenserklärungen und erfordern daher Geschäftsfähigkeit, während das Mitverschulden nur Zurechnungsfähigkeit voraussetzt; und schließlich findet beim Mitverschulden eine Abwägung des beiderseitigen Verhaltens, und eine Verteilung des Schadens statt, während es sich in den beiden anderen Fällen um den Haftungsmaßstab, mithin um Stufen handelt, die, je nach dem, welche derselben im Einzelfall

---

als Gast hat einladen lassen, sein stillschweigendes, u. U. nach Treu und Glauben sogar selbstverständliches Einverständnis entnommen werden, den A. als Wagenführer nicht schon wegen eines fahrlässigen Verschuldens, wie es hier vorliegt, rechtlich in Anspruch zu nehmen.« Obwohl ihre Begründung charakteristisch ist, stellt diese letztere Entscheidung im Ergebnis aber eine Ausnahme dar.

60) RG. Bd. 100 S. 44: Das Verschulden des § 254 BGB. »setzt nicht die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht voraus, sondern ist schon dann gegeben, wenn der Beschädigte Maßnahmen unterläßt, die ihm zur Abwendung des Schadens zu Gebote stehen und deren Ergreifung ihm nach Lage der Sache und nach den geltenden Verkehrsanschauungen billigerweise zuzumuten war, wenn er diejenige Sorgfalt außer acht läßt, die nach der Auffassung des Verkehrs ein ordentlicher und verständiger Mensch anwendet, um sich tunlichst vor Schaden zu bewahren«.

angenommen wird, einen völligen, oder andererseits gar keinen Haftungsausschluß ergeben.

Im Schrifttum hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts außerordentlich viel Kritik erfahren.

Zunächst wird geltend gemacht, daß das Handeln auf eigene Gefahr, dem das Reichsgericht neben dem Haftungsausschlußvertrag eine »selbständige Bedeutung« beimißt [61]), eine solche in Wirklichkeit nicht habe: daß es keinen wesentlichen Unterschied bedeute, ob aus den Umständen »geschlossen wird, A habe auf die Haftung verzichtet und B diese Erklärung angenommen, oder ob gefolgert wird, A habe auf die Haftung verzichtet und B sei diese Erklärung zugegangen« [62]).

Außerdem werden aber auch die vom Reichsgericht angenommenen stillschweigenden Willenserklärungen selbst, und der aus ihnen zusammengesetzte Haftungsausschlußvertrag mit verschiedenen, vor allem gegen die vom Reichsgericht vertretene Art der Auslegung gerichteten Begründungen abgelehnt. Gegen sie wird eingewendet:

1. Es sei unzulässig — oder, nach der Ansicht anderer Autoren, zum mindesten widerspruchsvoll —, die Auslegung im Sinne der §§ 157, 242 BGB. auf nichtschuldrechtliches Gebiet zu übertragen, und einen obligatorischen Vertrag zu leugnen, aber einen bloßen Haftungsausschlußvertrag durch Auslegung zu konstruieren [63]);

2. der Parteiwille, den das Reichsgericht zugrunde lege, sei in den meisten Fällen in keiner Weise erklärt worden und werde infolgedessen nur fingiert [64]);

3. inhaltlich sei nicht ohne weiteres die Annahme gerechtfertigt,

---

61) RG. JW. 1934 S. 2033.

62) Fischer S. 13; ähnlich ferner Klünder S. 37.

63) Schröder S. 58.

64) Müller-Erzbach, Arch. Ziv. Prax. Bd. 106 S. 458; Krückmann, JJ. Bd. 54 S. 107 ff.; Schneider, DJZ. 1908 Sp. 218/219; Buske S. 23/24, Dahmann S. 44, Hansen S. 52, Hempfing S. 38, Schieferstein S. 46 ff., Wichers S. 56, Etzbach S. 95.

daß die Parteien das, was billig und gerecht sei, gewollt und stillschweigend vereinbart hätten [65]);

4. das Reichsgericht verkenne sogar, was unter »Treu und Glauben« und »Verkehrsanschauung« zu verstehen sei.

Bei diesem letzteren Punkt trennen sich dann allerdings selbst die Gegner des Reichsgerichts: Hinsichtlich der Gefälligkeitsfahrt nimmt z. B. v. Lippmann an, daß, sofern man nicht »die menschliche Dankbarkeit über die Maßen hoch« einschätze, nicht einmal ein Ausschluß der Gefährdungshaftung als selbstverständlich angesehen werden könne [66]); Louis erklärt dagegen unter Berufung auf den nationalsozialistischen Begriff der Gemeinschaft (bei der Gefälligkeitsfahrt einer »Gemeinschaft« zwischen Fahrer und Gast), daß es billig sei, daß innerhalb dieser Gemeinschaft gleiches Risiko bestehe, d. h. der Fahrer dem Gast — abgesehen vom eigenen Vorsatz — gar nicht hafte [67]); und Gülde hält, wiederum im Gegensatz hierzu, eine völlig uneingeschränkte Haftung für richtig und beruft sich hierbei auf den nationalsozialistischen Gedanken des Verantwortungsbewußtseins (im Falle der Gefälligkeitsfahrt desjenigen des Fahrers gegenüber dem Gast) [68]).

Im übrigen gilt die am Reichsgericht geübte Kritik neben der Auslegung selbst, speziell den hierbei besonders betonten und in sämtlichen Fragen — Vorliegen eines Gefälligkeitsverhältnisses, obligatorischen Vertrages, Haftungsausschlußvertrages und Handelns auf eigene Gefahr — als maßgebend erklärten »besonderen Umständen«. Gegen sie wird geltend gemacht, daß es sich vielfach, und vor allem gerade bei der Gefälligkeitsfahrt, um im Prinzip gleichartige Tatbestände handele, und daß es daher möglich sein müsse, allgemeinere, positive Grundsätze aufzustellen. Der vom

65) Insbes. Etzbach S. 95, der geltend macht, daß nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Menschen ihre Beziehungen »durchaus nicht immer nach der Verkehrssitte und den Grundsätzen von Treu und Glauben regeln«, wie es die Rechtsprechung schon beim Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte unterstelle.

66) Seuff. Bl. Bd. 72 S. 1020.

67) JW. 1936 S. 425 ff. — Im übrigen hält Louis sogar die Angemessenheit der Vorsatzhaftung für zweifelhaft; er gelangt zu deren Bejahung nur mit Rücksicht auf § 276 Abs. 2 BGB.

68) JW. 1936 S. 1584 f.

Reichsgericht ausschließlich vertretene negative Gesichtspunkt, daß es ganz auf die Lage des Einzelfalles ankomme und sich etwas Allgemeingültiges nicht sagen lasse, mache eine Beurteilung der Rechtslage durch das Publikum unmöglich und beeinträchtige die Rechtssicherheit [69]).

Im Gegensatz zu dieser weitverbreiteten Kritik, befindet sich in Übereinstimmung mit dem Begriff der »Auslegung« der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vor allem eine Äußerung Geigels [70]); und ferner wurde in neuerer Zeit die Auslegung häufig deshalb positiver bewertet, weil die in § 157 BGB. als Maßstab bezeichneten Begriffe »Treu und Glauben« und »Verkehrsanschauung« als verwertbarer angesehen wurden, als es früher der Fall war und weil man z. T. auch die »Rechtssicherheit« unter anderen Gesichtspunkten betrachtete.

Die größere Verwertbarkeit von »Treu und Glauben« und »Verkehrsanschauung« wird damit begründet, daß sich diese Begriffe nicht nur inhaltlich gewandelt haben, sondern daß sie vor allem auch stabiler und einheitlicher geworden seien. Früher hätten sie sich auf die liberalistische bürgerliche Gesellschaft bezogen, und der Liberalismus sei weltanschauungslos gewesen, und nicht in der Lage, »den auf vorwiegend ethischer Grundlage beruhenden Generalklauseln den erforderlichen Inhalt zu geben« [71]). Heute seien sie eindeutig orientiert durch das Interesse des Volksganzen [72]), das Recht sei ausgerichtet »nach den Erfordernissen der Volksgemeinschaft« [73]), und maßgebend sei die von Reichsminister Dr. Frank

69) S. z. B. Gülde, JW. 1936 S. 1584 f., und Groebe, JW. 1936 S. 1581 ff.

70) Seuff. Bl. Bd. 77 S. 44: Soweit bei Gefälligkeitsverträgen »nicht ein anderer Wille kundgegeben ist, darf angenommen werden, daß die Beteiligten die Einzelheiten des Vertrages, darunter auch die Haftung, so geregelt wissen wollen, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehr zwischen billig denkenden Menschen entspricht.« — Im übrigen nimmt allerdings Geigel grundsätzlich einen Verpflichtungswillen und einen obligatorischen Vertrag an. Der stillschweigende Haftungsausschluß ist daher bei ihm Bestandteil dieses Vertrags und nicht, wie nach Ansicht des Reichsgerichts, ein selbständiger Vertrag ohne obligatorischen Charakter.

71) Schieferstein S. 65.

72) Huegel (S. 66) zitiert in diesem Zusammenhang Carl Schmitt (S. 59).

73) Huegel S. 61.

gegebene Begriffsbestimmung: »Recht ist, was dem deutschen Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet« [74]).

Daß gleichwohl Louis und Gülde unter Berufung auf nationalsozialistische Grundsätze zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen, erklärt Huegel damit, daß sie die Begriffe »Gemeinschaft« und »Verantwortungsbewußtsein« verkennen. In Wirklichkeit stellten sie keine Gegensätze, sondern eine Einheit dar, und erst in dieser Verbindung seien sie »einer der Grundpfeiler nationalsozialistischen Rechtsdenkens« [75]). Darauf hingewiesen wird andererseits allerdings auch, »daß die Gefahr ohne weiteres naheliegt, daß aus einem dermaßen weiten Begriff wie dem der nationalsozialistischen Rechtsauffassung sich sehr mannigfache Gedankengänge folgern lassen, je nach dem, in welchem Maße man das eine oder das andere Moment des Begriffs in den Vordergrund stellt und demgegenüber die übrigen mehr oder weniger unbeachtet läßt« [76]), und daß man die Begriffe »volksverbunden« und »gesundes Rechtsempfinden« »allzusehr zu Schlagworten gemacht hat und etwas mehr mit ihnen umgegangen ist, als es ihrer tiefen Bedeutung entspricht« [77]).

Der Begriff der Rechtssicherheit wird von Huegel und Schieferstein vor allem dagegen in Schutz genommen, mit »Berechenbarkeit des Rechtsstreits« identisch zu sein [78]). »Jene Argumente der Vergangenheit« vermögen nach Ansicht Huegels [79]), der hierin Franzen [80]) zitiert, »im Rahmen einer Auffassung, die dem Individuum nur mittelbare Bedeutung zumißt, nur ergänzend, bestä-

74) So Huegel S. 61 unter Bezugnahme auf Frank-Nicolai S. 37. Die Formulierungen sind allerdings nicht völlig identisch. Im Wortlaut heißt es bei Frank-Nicolai: »Dies bedeutet, . . . daß Recht ist, was dem Volke nützt, und alles, was dem Volke schadet, Unrecht zu sein hat.«

75) Huegel S. 62.

76) Huegel S. 54.

77) Huegel S. 55.

78) Schieferstein S. 66: »Rechtssicherheit kann allerdings heute nicht mehr wie in der liberalistischen Zeit den Sinn haben, dem Einzelnen eine möglichst sichere Grundlage für die Berechenbarkeit eines Rechtsstreits zu gewährleisten.«

79) S. 65.

80) S. 9.

tigend zu wirken«. Sie werden ersetzt durch Formulierungen, wie diejenige der »Festigkeit und Beständigkeit der für das Leben des Volkes grundlegenden Ordnungen« [81]).

Was die Gefälligkeitsverhältnisse und die Gefälligkeitsfahrt anbelangt, so werden hier die neu gefaßten Begriffe in der Sphäre der Auslegung allerdings nur von Huegel behandelt. Er billigt — abgesehen von der Rechtsprechung zu dem Schild »Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr« — die Stellungnahme des Reichsgerichts und hält, wegen der Verschiedenartigkeit der Tatbestände, eine Fallrechtsregelung für besser, als allgemeine Grundsätze [82]). Schieferstein weicht von der Auffassung des Reichsgerichts ab und verwendet »Treu und Glauben« nicht so sehr bei der Auslegung, als vielmehr bei der Konstruktion. Er geht davon aus, daß die Gefälligkeitsfahrt im allgemeinen ein rein tatsächliches Verhältnis, und ausnahmsweise einen Auftrag oder einen auftragsähnlichen Vertrag darstelle [83]), und daß in allen diesen Fällen der sich hieraus ergebende Haftungsmaßstab unbillig erscheine. Wenn aber »der Gesetzgeber die Folge einer Gesetzesbestimmung in ihren Auswirkungen nicht richtig erkannt« habe, und »wenn die formalistische Gesetzesanwendung zu unbilligen, vom Gesetzgeber wahrscheinlich selbst nicht gewollten Ergebnissen« führe, so habe »eine Ergänzung und Ausweitung des Rechtssatzes zu erfolgen, die nach dem Grundgedanken des Gesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden auszurichten« sei [84]). Auf diese Weise ergebe sich hinsichtlich der Gefälligkeitsfahrt grundsätzlich eine Haftung für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten [85]).

Diese Argumentation stellt, gestützt auf die behauptete Konsolidierung von »Treu und Glauben« bereits eine ganz überwiegend auf diesen Begriffen beruhende Rechtsfindung dar. Daß daneben auch die Rechtsanalogie als Grundlage genannt wird [86]), steht dem nicht entgegen. Eine eigentliche Rechtsanalogie liegt nicht vor.

81) Haarkens J. u. R. 1935 S. 280, bei Schieferstein zitiert S. 66.
82) S. 62 ff. 83) S. 35 ff. 84) S. 68.
85) S. 73. 86) S. 69.

β. Objektive Kriterien.

Neben den Versuchen, dem Begriff der Auslegung durch weltanschauliche und rechtspolitische Gesichtspunkte einen konkreteren Inhalt zu geben, werden objektive Richtungen vor allem mit Hilfe von mehr oder weniger kausalrechtlichen Erwägungen auch hinsichtlich des Handelns auf eigene Gefahr und des Mitverschuldens vertreten, und ferner bedeuten objektive Methoden der Haftungseinschränkung auch die Erklärungshaftung Enneccerus-Lehmanns und das Utilitätsprinzip Küblers.

Was hierbei das Handeln auf eigene Gefahr betrifft, so ist charakteristisch für die kausalrechtliche Richtung insbesondere die Ansicht Fischers. Er verwendet — ähnlich, wie es in der als Anmerkung bereits zitierten älteren Entscheidung des Reichsgerichts der Fall ist [87]) — den Begriff des Handelns auf eigene Gefahr schon dann, wenn eine unentgeltliche Leistung objektiv mit einem besonderen Risiko verbunden ist und freiwillig entgegengenommen wird, so daß »Gefahrübernahme« nach seiner Ansicht »weder Rechtsgeschäft noch Willenserklärung« ist, »sondern eine Norm des objektiven Rechts, die durch die besondere Lagerung des Falles . . . ihre innere Rechtfertigung erhält« [88]). Sie unterliegt nicht den §§ 104 ff. BGB., sondern verlangt nur eine Art Handlungsfähigkeit, die damit begründet wird, daß das Moment der Freiwilligkeit die Möglichkeit voraussetze, die zu übernehmende Gefahr zu erkennen. Hierfür ist eine gewisse Einsicht erforderlich und hinsichtlich deren rechtlicher Ausgestaltung wird die in § 828 BGB. getroffene Regelung übernommen.

Im übrigen macht Fischer die Gefahrübernahme nicht, wie das Reichsgericht, von »besonderen Umständen« des Einzelfalles abhängig, sondern von bestimmten »typischen Gefahrenlagen«, bei denen er zwei verschiedene »Gefahrenzonen« unterscheidet [89]): In der ersten Zone, in die alle Gefälligkeitsfahrten, außerdem aber auch z. B. Treibjagden, Bergtouren, Fahrten mit Segelbooten usw.

87) S. S. 34 Anm. 57 dieser Arbeit.
88) S. 45. 89) S. 42 ff.

eingeordnet werden, und in der ein Ausschluß der Gefährdungshaftung und der Haftung für leichte Fahrlässigkeit angenommen wird, ergeben sich nach Ansicht Fischers die besonderen Gefahren dadurch, daß einerseits äußere Einflüsse in stärkerem Maße in Betracht kommen, vor allem aber eine größere Aufmerksamkeit erforderlich sei. Umgekehrt werde dadurch eine gewisse Außerachtlassung derselben, und eine gewisse Fahrlässigkeit wahrscheinlicher und insofern sei die genannte Haftungseinschränkung gerechtfertigt. In der zweiten Zone ist nach Ansicht Fischers die Gefahr gegenüber der ersten Zone noch in der Art erhöht, daß auch mit erheblichen Fehlern gerechnet werden muß und deshalb wird hier — d. h. etwa in Fällen, wie Gefälligkeitsfahrten mit einem betrunkenen Fahrer — auch ein Ausschluß der Haftung für grobe Fahrlässigkeit vertreten. Bei Gefälligkeiten, die nicht zu einer der beiden Gefahrenzonen gehören, hält Fischer die Regelung des Deliktrechts für ausreichend. Ein Widerspruch zu den §§ 521, 599, 690 BGB. wird hierin nicht erblickt, da sich diese Haftungsbeschränkungen nicht auf ganze Gefälligkeitsverhältnisse, sondern nur auf bestimmte Leistungspflichten bezögen, die bei den nichtvertraglichen Beziehungen gerade fehlten [90]).

Den Begriff der Gefahrübernahme vertritt Fischer als bereits geltendes Recht, das sich zwar weder aus dem Gesetzes-, noch dem Gewohnheitsrecht ergebe, wohl aber aus einem, für Zeiten des Übergangs und der Rechtsumbildung als dritte Rechtsquelle anzuerkennenden »einheitlichen Rechtsempfinden« [91]). Dieses Rechtsempfinden stelle keine unbestimmten Billigkeitserwägungen dar; es sei fundiert durch »Konstruktion« und durch »Analyse der Tatbestände« [92]) und werde hinsichtlich der Gefälligkeitsverhältnisse dadurch bestätigt, daß — wenn auch mit ver-

90) S. 36/37. — M. a. W. bedeutet dieses letztere Argument im übrigen auch eine Ablehnung der Methode, die §§ 521, 599, 690 im Wege der Analogie oder des argumentum a maiore ad minus (so Klünder S. 36) auf nichtvertragliche Gefälligkeiten zu übertragen. Es liegt ihm der Gedanke zugrunde, daß die letzteren nicht ein minus, sondern ein aliud darstellen.

91) S. 46 ff., insbes. S. 49.

92) S. 49 Anm. 167.

schiedenen Begründungen und Ergebnissen — irgendeine Haftungsbeschränkung in der Wissenschaft und Rechtsprechung fast ausnahmslos vertreten werde [93]).

Die systematische Einordnung der Fälle der Gefahrübernahme geschieht durch die Bildung einer, zwischen Vertrag und Delikt anzunehmenden Zwischenstufe. Fischer ist der Ansicht, daß die strenge Zweiteilung Vertrag — Delikt unangemessen ist und auf irrigen individualistischen Auffassungen beruht, nach denen die Menschen sich, wie es das Deliktsrecht voraussetze, neutral gegenüberstehen und Bindungen nur durch Verträge, in der Bedeutung freier Willenseinigungen, möglich seien. In Wirklichkeit seien, neben den weiterhin anzuerkennenden Verträgen [94]), unabhängig vom menschlichen Willen, Gemeinschaften und »Sonderbeziehungen« vorhanden, und eine solche Sonderbeziehung, ein Mittelding zwischen völliger Neutralität und vertraglicher Leistungspflicht, stellten die Gefälligkeitsverhältnisse — und ebenso übrigens die, ihrerseits von der Gefahrübernahme allerdings zu unterscheidenden, Fälle der culpa in contrahendo — dar [95]).

Mit der »Gefahrübernahme« Fischers ist hinsichtlich der Systematik in gewisser Weise auch schon die »Erklärungshaftung« Enneccerus-Lehmanns wiedergegeben worden. Zum mindesten bestehen, wenn auch Enneccerus-Lehmann nicht ausdrücklich zu allen Problemen Stellung nimmt, viele Parallelen.

Enneccerus-Lehmann geht, ähnlich wie das Reichsgericht und Fischer, davon aus, daß bei unentgeltlichen Leistungen und Zusagen gesellschaftlicher Natur wegen des Fehlens eines Verpflichtungswillens und einer Leistungspflicht ein obligatorischer Vertrag im allgemeinen nicht vorliege und nimmt statt dessen, ähnlich wie Fischer, ein gesetzliches, vertragsähnliches Schuldverhältnis an. Im Unterschied zu Fischer stützt er aber dasselbe dann nicht auf

93) S. 48.

94) Fischer anerkennt insbesondere, daß der Parteiwille hinsichtlich der Vertragsentstehung maßgebend bleiben müsse, und daß die Verträge als Instrumente selbständiger Betätigung ihre Bedeutung behalten — primär zwar nicht mehr um des Einzelnen, sondern um der Gemeinschaft willen (S. 80/81).

95) S. 75 ff.

den Gesichtspunkt der Gefahrübernahme, sondern nach dem Vorbild der culpa in contrahendo und der in § 122 BGB. angeordneten Pflicht zum Ersatz des Vertrauensschadens, auf den Gesichtspunkt der Erklärungshaftung. Den Inhalt des Schuldverhältnisses bilden »zugunsten dessen, der im Vertrauen auf die Einladung usw. seine Rechtsgüterwelt dem Erklärenden anvertraut hat«[96]), Erhaltungs- und Fürsorgepflichten und in deren Rahmen kommt § 278 BGB. zur Anwendung und — analog den §§ 521, 599 BGB. — eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit[97]),

Das zur Haftungsbeschränkung bei Gefälligkeitsverhältnissen teilweise auch herangezogene »Utilitätsprinzip«[98]) bezieht sich zunächst nur auf das römische Recht und besagt, daß dort »die Haftung für Verschulden bei Verträgen nach dem Parteiinteresse abgestuft« gewesen sei[99]). Bei beiderseitigem Nutzen sei für culpa gehaftet worden, bei alleinigem Nutzen des Haftpflichtigen habe dieser das ganze Risiko getragen und für custodia oder für Zufall gehaftet, und bei alleinigem Nutzen des nicht Haftpflichtigen habe der Haftpflichtige nur Vorsatz zu vertreten gehabt, und der nicht Haftpflichtige das Risiko getragen[100]). Dieser letztere Grundsatz, die bloße Vorsatzhaftung bei alleinigem Nutzen des nicht Haftpflichtigen, wurde von Kübler hinsichtlich des römischen Rechts für alle unentgeltlichen Verträge vertreten und er ergab, auf das heutige Recht übertragen, daß ähnliche Haftungseinschränkungen auch bei den hier behandelten Gefälligkeitsverhältnissen angenommen wurden[101]).

---

96) Bd. II S. 109.

97) Bd. II S. 109. — Unter den Dissertationen ist der Gesichtspunkt der Erklärungshaftung vertreten worden von Etzbach (S. 81 ff.), Junge (insbes. S. 39), Küsters (S. 19 ff.), Martel (S. 36/37), Propach (S. 26).

98) Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, Breslau 1910.

99) Kübler, Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 39 romanist. Abteilung S. 172.

100) Kübler, Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 38 romanist. Abt. S. 73.

101) S. z. B. Cramer S. 43/44.

Das Mitverschulden schließlich, als Möglichkeit einer nichtrechtsgeschäftlichen Haftungseinschränkung, ist hinsichtlich seines Anwendungsgebietes insofern begrenzt, als es nach den §§ 254, 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. — wie schon erwähnt — eine Außerachtlassung der verkehrsnotwendigen Sorgfalt voraussetzt und daher in den Fällen eines vorwurfsfreien Handelns des Empfängers einer Gefälligkeit an sich nicht in Betracht kommt.

Versuche, dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens ein größeres Anwendungsgebiet zu verschaffen, wurden jedoch in zweierlei Weise gemacht: Einmal dadurch, daß der Begriff des Verschuldens weit aufgefaßt und den Einzeltatbeständen ein Verschulden mehr oder weniger unterstellt wurde [102]), vor allem aber durch die, hier interessierende, kausalrechtliche Verwendung des »Mitverschuldens« selbst.

Den Ausgangspunkt bildet hierbei die von Krückmann in Analogie zur Verschuldensaufrechnung des § 254 BGB. begründete Theorie der »Gefährdungsaufrechnung« [103]). Bei der Verschuldensaufrechnung wird ein auf Verschulden gestützter Ersatzanspruch durch eine schuldhafte Mitverursachung gemindert, bei der Gefährdungsaufrechnung dagegen ein auf eine bloße Gefährdungshaftung gestützter Schadensersatzanspruch durch eine ebenfalls unverschuldete Mitverursachung. Mit anderen Worten stehen sich bei der Verschuldensaufrechnung zwei schuldhafte Handlungen gegenüber, bei der Gefährdungsaufrechnung zwei — abgesehen von der auch hier allerdings vorausgesetzten Zurech-

---

102) Dies ist — wie schon gesagt wurde — teilweise die Tendenz des Reichsgerichts, und es ist auch der Grund dafür, daß vereinzelt sogar angenommen wurde (Evers S. 37), daß die Voraussetzungen des Mitverschuldens mit denjenigen des Handelns auf eigene Gefahr überhaupt identisch seien. Dagegen ist — m. E. mit Recht — gesagt worden, daß dann auch das Betreten eines verkehrsreichen Platzes und das Einsteigen in ein später verunglückendes Automobil von vornherein ein Mitverschulden darstellen würde (Sugg S. 34).

103) Krückmann, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung, JJ. Bd. 54 S. 107 ff.; und ähnlich dann insbesondere Oertmann § 254 Anm. 2 h, und ferner zahlreiche Dissertationen: Balzereit S. 50/51, Dahmann S. 45, Etzbach S. 108, Gonnermann S. 61, Hansen S. 53, Rathey S. 50/51, Schröder S. 59/60, Thode S. 48 ff., Wichers S. 72, Müller S. 42.

nungsfähigkeit des Handelnden [104]) — lediglich oder vorwiegend ursächliche.

Da die Gefährdungsaufrechnung vor allem mit Rücksicht auf die Tierhalterhaftung entwickelt wurde, unterscheidet Krückmann je nach dem, ob auf beiden Seiten oder nur auf einer aus einer Tiergefahr gehaftet wird, die »Selbstgefährdung« und die »mehrfache Tierhalterhaftung«. Bei der »mehrfachen Tierhalterhaftung« [105]) ist die Analogie zu § 254 BGB. ganz durchgeführt: Es kommt darauf an, welche Tiergefahr nach Lage des Einzelfalles den Schaden »vorwiegend verursacht« hat. Bei der »Selbstgefährdung« ist im Gegensatz dazu die Tierhalterhaftung generell ausgeschlossen: »Die besondere Gefahr, in die sich der Beschädigte begeben hat, ist so viel höher anzuschlagen, als die allgemeine Gefährdung durch den Tierhalter, wie sie ohne die besondere, von dem Beschädigten aufgesuchte Gefahr sein würde, daß die allgemeine Gefährdung neben der besonderen Gefahr gar nicht in Betracht kommt« [106]).

Das unmittelbare Anwendungsgebiet der Gefährdungsaufrechnung bilden, da eine Gefährdungshaftung gegenüber Kraftfahrzeuginsassen nach geltendem Recht nicht besteht, praktisch eigentlich nur die Gefälligkeitsfahrten mit bespannten Fuhrwerken. Mittelbar ist das Gebiet aber nach der Auffassung Krückmanns, der die Argumentation, die der »Selbstgefährdung« zugrunde liegt, auch auf die Fälle schuldhafter Schadenszufügung überträgt, weit größer. Krückmann hält den Haftungsausschlußvertrag des Reichsgerichts für eine Fiktion, bei der versucht werde, »mit rein kausalrechtlichen Erwägungen eine vertragsmäßige Abmachung zu beweisen« [107]). »Wer sich in Gefahr begibt, kommt darin um«, bedeutet nach seiner Ansicht juristisch, daß er »eine Ursache für

---

104) Krückmann, JJ. Bd. 54 S. 134. — Oertmann hält die Gefährdungsaufrechnung schon für zulässig, wenn der Beschädigte »tatsächlich in der Lage ist, die gefährdende Tragweite seines Tuns zu übersehen«. (§ 833 Anm. 5 a.)

105) Charakteristisch dafür ist der Tatbestand, der der Entscheidung RG. Bd. 67 S. 120 ff. zugrunde liegt: Das Pferd des Klägers wurde von einem Spitz des Beklagten angebellt, es ging durch, und der Kläger wurde verletzt.

106) JJ. Bd. 54 S. 133.

107) JW. 1932 S. 3691.

sein Verderben« setzt [108]), und auf diese Ursache als solche, glaubt Krückmann Haftungseinschränkungen stützen zu können.

Dieser Ausdehnung der »Selbstgefährdung« und kausalrechtlichen Auffassung des Mitverschuldens ist zwar ausdrücklich nur vereinzelt gefolgt worden [109]), sie hat aber auch darüber hinaus eine weitgehende Vermischung von Kausalität und Verschulden herbeigeführt [110]). Ausdrücklich abgelehnt, als mit dem Verschuldensprinzip des BGB. in Widerspruch stehend, wurde sie allerdings durch das Reichsgericht [111]). Dieses ließ eine Ausnahme von dem Verschuldensprinzip lediglich hinsichtlich der »mehrfachen Tierhalterhaftung« zu, indem es in der Entscheidung Bd. 67 S. 120 ff. billigte, daß der Schaden in der Vorinstanz zwischen den Haltern des Pferdes und des Hundes halbiert worden war, und zur Begründung dieser Entscheidung ausführte, daß »die nicht durch ein subjektives Verschulden bedingte, aber sonst im Gesetze begründete Verantwortlichkeit des Beschädigten für eine bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Tatsache, namentlich die Verantwortlichkeit des Beschädigten für das Tun des von ihm gehaltenen Tieres« dem mitwirkenden Verschulden gleichzustellen sei [112]).

---

108) JW. 1932 S. 3691.

109) S. Klünder S. 38 ff., Zuleger S. 39.

110) Der juristische Begriff der Kausalität und derjenige des Verschuldens sind im übrigen in der Tat mehr rechtsdogmatisch als sachlich verschieden. Sie haben beide den gleichen Ursprung: Auch die Ausgestaltung des Verursachungsbegriffes, z. B. der Gesichtspunkt des adäquaten Kausalzusammenhanges, bedeutet eine Antwort auf die Frage, welche Handlungen dem Einzelnen zuzurechnen sind und welche Handlungen ihm nicht mehr zur Last gelegt werden. (S. darüber — in anderem Zusammenhang — Müller-Erzbach, Interessenjurisprudenz S. 82.)

111) RG. Bd. 67 S. 121: »Freilich genügt nicht schlechthin die Tatsache, daß beide Teile in ihrem Zusammenwirken objektiv ursächlich geworden sind. Wenn in einem Rechtssystem die Haftbarkeit für ein Tun oder Unterlassen dadurch bestimmt ist, daß diesem Tun oder Unterlassen eine subjektive Schuld zugrunde liegt, so wird dem objektiven Kausalzusammenhang eine Schuld entsprechen müssen.«

112) S. 121.

III. „Treu und Glauben".

An den bisher wiedergegebenen Meinungen ist zunächst auffallend die weitverbreitete Tendenz, die Rechtsfindung auf die Auslegung von Willenserklärungen zu stützen. Nach der Ansicht des Reichsgerichts gibt die letztere bei der Stellungnahme zu sämtlichen Problemen den Ausschlag; außerdem liegt sie aber, soweit nicht ausnahmsweise objektive Kriterien verwendet werden, auch den im Schrifttum vertretenen Meinungen zugrunde. Daß gleichwohl das Reichsgericht wegen der Verwendung der Auslegung fast ausschließlich kritisiert wird, ist m. E. widerspruchsvoll und ungerecht. Ganz abgesehen von dem durch Auslegung zu ermittelnden Verpflichtungswillen, von welchem auch das Schrifttum die entscheidende Frage nach dem Rechtscharakter der Gefälligkeitsverhältnisse meistens abhängig macht, wird z. B. auch hinsichtlich des Haftungsmaßstabes von vielen Autoren mit dem Parteiwillen argumentiert. Der Unterschied besteht nur darin, daß das Reichsgericht den angeblichen Parteiwillen anläßlich der Beurteilung von Einzeltatbeständen ermittelt, während es nach den im Schrifttum vertretenen Ansichten — etwas abstrakter, aber im Prinzip gleichartig — anläßlich der theoretischen Beurteilung von Tatbestandsgruppen geschieht und als Grundlage von Rechtsregeln dient, die über den Einzelfall hinausgehen.

Im folgenden wird es sich darum handeln, zu dieser Tendenz, die Rechtsfindung auf die Auslegung von Willenserklärungen zu stützen, Stellung zu nehmen, und zwar wird dies, wegen des nahen Zusammenhanges zwischen der Auslegung und den Begriffen »Verkehrsanschauung« und »Treu und Glauben«, praktisch vor allem eine Stellungnahme zu diesen letzteren Begriffen sein.

Die genannten Generalklauseln spielen bei der Auslegung zunächst schon dadurch eine gewisse Rolle, daß nach § 157 BGB. Verträge so auszulegen sind, »wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern«, ihre Bedeutung wächst aber in dem Maße, in dem diejenige der auszulegenden Parteierklärungen abnimmt, und ist daher bei den Gefälligkeitsverhältnissen mit

ihren juristisch außerordentlich unscheinbaren und undurchdachten Tatbeständen und einem schwer erkennbaren Parteiwillen ganz besonders groß.

Hinsichtlich des sog. Parteiwillens gehe ich hierbei in Übereinstimmung mit der weiter oben geschilderten [1]) herrschenden Meinung schon davon aus, daß es sich bei der Auslegung nicht um eine unmittelbare Erfassung des »inneren« Willens handeln kann, sondern daß die »Willenserklärung« das nächste Objekt der Auslegung bildet und der »innere« Wille nur insoweit maßgebend ist, als er in der Erklärung »irgendwie« erkennbar geworden ist.

Notgedrungenerweise wird diese »Erkennbarkeit« von der herrschenden Meinung jedoch außerordentlich weitherzig aufgefaßt. Es sind danach nicht nur ungenaue und unvollständige Ausdrücke, sondern auch ungenaue und unvollständige Gedanken der Parteien aufzuklären und zu ergänzen, und hinsichtlich der Ergänzung hält es das Reichsgericht für ausreichend, wenn auch nur die »leitenden Gesichtspunkte« dem Verhalten der Parteien entnommen werden können [2]), während sie im übrigen auf »Treu und Glauben« gestützt wird. »Treu und Glauben« greifen nach Ansicht des Reichsgerichts deshalb ein, weil im Zweifel »die Beteiligten die Einzelheiten so geregelt wissen wollen, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehr zwischen billig denkenden Menschen entspricht« [3]), im Grunde aber vor allem, weil die Parteierklärungen als solche uns im Stich lassen. Charakteristisch hierfür ist die von Enneccerus-Nipperdey verwendete Formulierung, daß »zu ermitteln« sei, »was die Parteien bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände und der beiderseitigen Interessen hätten bestimmen sollen, was also im konkreten Falle zweckmäßig, billig und gerecht« sei [4]); und nicht minder kennzeichnend ist es, daß im gleichen Zusammenhang die Vertragsergänzung schon nicht mehr als eigentliche Auslegung angesehen, sondern

1) S. S. 22 dieser Arbeit.
2) RG. Bd. 67 S. 433.
3) RG. Bd. 67 S. 433; s. darüber schon S. 33/34 dieser Arbeit.
4) Bd. I S. 639 Note 22.

ihre Berechtigung aus § 242, statt aus § 157 BGB. abgeleitet wird [5]). Wenn auch die letztere Auffassung eine Einzelmeinung darstellt [6]), so zeigt doch schon die Tatsache, daß eine derartige Kontroverse überhaupt besteht, die bei der Auslegung vorhandene Tendenz, Lücken in der rechtsgeschäftlichen Regelung durch objektives Recht, nämlich die Generalklauseln, zu ergänzen.

Auf dem Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse bedeutet dies, daß die Gesamtregelung praktisch aus »Treu und Glauben« abzuleiten ist. Denn gerade bei ihnen kommt die Auslegung fast nur in der Form der Vertragsergänzung in Betracht, ferner sind auch die »leitenden Gesichtspunkte« oft schwer erkennbar, und schließlich kommt zu der auf Auslegung beruhenden, mittelbaren Anwendung von »Treu und Glauben« bei vielen Autoren auch noch die unmittelbare und ausdrückliche Verwendung von »Treu und Glauben« hinzu.

Diese überragende Stellung von »Treu und Glauben« ist an sich nicht auf das Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse beschränkt, sondern entspricht einer allgemeineren Tendenz, im positiven Recht als solchem und von den Generalklauseln als solchen einen immer weitgehenderen Gebrauch zu machen. Die Erscheinungsform dieser Entwicklung ist, wie es von Hedemann sehr anschaulich dargestellt wurde [7]), entsprechend der Struktur der verschiedenen Rechtsgebiete verschieden; im wesentlichen handelt es sich jedoch um die gleiche Richtung. Sie wird auf dem Gebiet des Pro-

---

5) Bd. I S. 639 Note 22 — die Unterscheidung gegenüber der eigentlichen Auslegung wird als notwendig angesehen, da auch ein Unterschied hinsichtlich der Rechtsfolgen, insbesondere der Irrtumsanfechtung, bestehe, die bei der »Vertragsergänzung«, bei der es sich »um das Eingreifen ergänzenden Rechts« handele, unzulässig sei.

6) Das Reichsgericht gibt zwar zu, daß es sich bei der ergänzenden Auslegung »nicht immer um eine Auslegung im streng wissenschaftlichen Sinne, sondern in manchen Beziehungen um eine Ergänzung des fehlenden Willens handelt«; im Gegensatz zu Enneccerus-Nipperdey sagt es dann aber, daß »in diesem Sinne auch das Gesetz (§ 157 BGB.) von Auslegung der Verträge« »spricht« (RG. Bd. 67 S. 434).

7) Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.

zeßrechts charakterisiert durch die Überwindung der formellen Rechtskraft mit Hilfe des § 826 BGB. [8]) und durch die Berücksichtigung des Begriffs des »Zumutbaren« bei der Zulassung des prima facie Beweises [9]) und des Schuldnerschutzes in der Zwangsvollstreckung [10]); strafrechtlich kommt in Betracht die fortschreitende »Auflockerung der Tatbestände«, die Erweiterung des Gebietes des »richterlichen Ermessens«, die »Psychisierung«, der »übergesetzliche Notstand« [11]); im Steuerrecht ergeben sich Parallelen in dem Vordringen der »Härteklausel« und im »Härteverfahren«, ferner in der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise [12]), und in neuester Zeit hat die Entwicklung einen gewissen Höhepunkt erreicht in den Generalklauseln und allgemeinen Richtlinien der nationalsozialistischen Gesetzgebung: z. B. im Reichserbhofgesetz, im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in der Reichsstraßenverkehrsordnung und in den Novellen des Prozeßrechts und des Strafrechts (Zulassung der Analogie in § 2 RStGB., »gesundes Volksempfinden« des § 330 c RStGB.) [13]).

Infolge dieses Vordringens sind die Generalklauseln zur Zeit für das gesamte Recht von grundlegender Bedeutung [14]); außerdem ist aber, wie es am Beispiel der Gefälligkeitsverhältnisse und den auf diesem Gebiet bestehenden außerordentlichen Meinungsunterschieden deutlich zum Ausdruck kommt, ihr Wert durchaus nicht unbestreitbar, sondern ihre Beurteilung nach wie vor ein ernstes Problem.

Chronologisch betrachtet ist vor dem zunehmenden Gebrauch der Generalklauseln zunächst in der eben erwähnten Schrift Hedemanns sehr eindrucksvoll gewarnt worden [15]). Zwar werden

8) Hedemann S. 24/25. 9) Hedemann S. 27/28.

10) Hedemann S. 29 ff. 11) Hedemann S. 32 ff.

12) Hedemann S. 38 ff.; § 1 SteuerAnpG., dazu Klausing, ZAkDR. 1939, S. 79 ff., 112 ff.

13) S. Franzen S. 41 ff.

14) Nach Carl Schmitt (S. 59) sind die Generalklauseln in der deutschen Rechtswissenschaft »seit über einem Jahre das eigentliche Thema der juristischen Erörterungen«.

15) »Die Flucht in die Generalklauseln« ist 1933 erschienen, hat aber noch den vor 1933 bestehenden Rechtszustand zum Gegenstand.

dort die positiven Aspekte nicht verkannt: die durch die Generalklauseln erreichbare »Auflockerung« und größere Anpassungsfähigkeit des Rechts, die Möglichkeit der Bildung neuer Rechtsinstitute und der Hebung der Rechtsprechung auf ein höheres Niveau [16]); stark betont werden aber die negativen Gesichtspunkte: die »Verweichlichung im Denken« und die unter Umständen bis zur Willkür führende Unsicherheit [17]).

Weit bejahender ist dann — wie es schon dargelegt wurde — in der Zeit nach 1933 die Einstellung zu den Generalklauseln. Sie werden als Mittel zur Überwindung des Positivismus begrüßt [18]), und die von Hedemann geschilderten Gefahren werden, nachdem eine einheitliche Weltanschauung zugrunde liege und der Begriff der Rechtssicherheit einen anderen Inhalt erhalten habe, als beseitigt angesehen. Das Maß, in dem man sich hierbei den Generalklauseln überläßt, ist verschieden. Teils führen sie, in Verbindung mit völkischen Gesichtspunkten, wie Rasse, Volksanschauung und Rechtsgewissen, zu einer weitgehend freirechtlichen Auffassung [19]); teils wird die Bindung an die Gesetze, als an die Volksanschauung authentisch interpretierende Führerbefehle, aufrechterhalten [20]), und die Generalklausel nur als Mittel angesehen, dem Richter im Rahmen der Gesetze die Durchsetzung der nationalsozialistischen Gedanken und Ziele zu ermöglichen. Nach dieser letzteren Auffassung wird die dem Richter durch die Generalklauseln eingeräumte Freiheit einerseits für notwendig gehalten, weil der Gesetzgeber das Recht erst allmählich im einzelnen in nationalsozialistischem Sinne ausgestalten könne, und sich vorläufig mehr, als es vielleicht durch die Materie an sich

16) S. 60 ff. 17) S. 66 ff.

18) Carl Schmitt S. 58 ff. — Er warnt im übrigen davor (S. 59), die Generalklauseln »als bloßes Korrektiv des bisherigen Positivismus« aufzufassen. Sie sind seiner Ansicht nach vielmehr »das spezifische Mittel eines neuen rechtswissenschaftlichen Denktypus« (des »konkreten Ordnungsdenkens«).

19) Nicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre S. 38/39; Müller, Beamtentum und Nationalsozialismus (Heft 30 der nationalsozialistischen Bibliothek, München 1931) S. 58: »Wir müssen uns frei davon machen, daß der Richter dem Gesetz unterworfen ist.«

20) Franzen S. 27.

geboten wäre, mit Richtlinien begnügen müsse; andererseits werden die Generalklauseln nicht, wie es nach der Ansicht Hedemanns der Fall ist, als Zeichen der »Ermüdung« und der »inneren Haltlosigkeit« aufgefaßt [21]), sondern im Gegenteil, mit Rücksicht auf die gewandelte staatliche Struktur, als Zeichen jugendlichen, noch im Aufbau befindlichen Rechts, und als ein von einer wiedergewonnenen Wertlehre getragenes Streben nach konkreten Zielen [22]).

Von den geschilderten Strömungen ist die freirechtliche m. E. ohne weiteres abzulehnen, weil, ganz abgesehen von der Staatsform und dem Begriff des »Führerbefehls«, das Wesen des Gesetzes die Gesetzesunterworfenheit des Richters voraussetzt. Zu einseitig ist aber auch die gemäßigtere Richtung, nach der eine Gesetzesunterworfenheit besteht, die Schattenseiten der Generalklauseln jedoch seit 1933 in Wegfall gekommen sind. Gerade daraus, daß nach dieser Richtung die derzeitige weitgehende Verwendung von Generalklauseln dadurch bedingt ist, daß das Recht sich im Rohbau befindet und noch nicht ausreichend verfeinert und zergliedert ist [23]), ergibt sich, daß die Generalklauseln weitgehend — insoweit nämlich, als eine kasuistische Regelung nicht infolge einer besonderen Sachlage rechtspolitisch unzweckmäßig ist — nur einen Notbehelf darstellen. Notbehelfe jedoch sind, auch wenn sie häufig erforderlich und insoweit zu bejahen sein können, an sich etwas Unvollkommenes, grundsätzlich Abzulehnendes, und daraus ergibt sich, daß das Augenmerk nicht primär auf die Generalklauseln zu richten ist, sondern darauf, ob eine eigentliche Regelung möglich und erforderlich erscheint, wie sie zu finden, und wie sie auszugestalten ist.

Daß die Generalklauseln im allgemeinen nur einen Notbehelf darstellen, hängt im übrigen damit zusammen, daß eine gewisse Mannigfaltigkeit der Anschauungen und Gesichtspunkte durch die in jedem kulturell und zivilisatorisch entwickelten Staat vorhandene Mannigfaltigkeit der Tätigkeiten und der geistigen oder

21) Hedemann S. 59/60. 22) Franzen S. 49/50.
23) Franzen S. 49.

sozialen Voraussetzungen von vornherein bedingt ist. Sie tritt, wenn es sich darum handelt, aus Generalklauseln konkrete Ergebnisse abzuleiten, nach wie vor in Erscheinung, und sie bewirkt eine Verschiedenartigkeit der vertretenen Ansichten um so mehr, je abgelegener oder verzweigter das betreffende Gebiet ist, und je mittelbarer die Ergebnisse aus den primären und leichter erkennbaren und bestimmbaren weltanschaulichen und politischen Prinzipien gefolgert werden müssen. Hieraus erklärt es sich, daß auf dem Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse die Verwendung von »Treu und Glauben« nicht nur vor 1933 eine Vielzahl von Kontroversen ermöglichte, sondern daß auch nachher keine einheitlichere Beurteilung erfolgte, und entgegengesetzte Ergebnisse auf nationalsozialistische Gesichtspunkte gestützt wurden. Möglicherweise hat Huegel darin recht, daß bei Louis und Gülde »Gemeinschaft« und »Verantwortung« nicht richtig verstanden wurden [24]); wesentlicher ist aber der subjektive Einschlag, der »Treu und Glauben« unabhängig von der Weltanschauung und dem Grad der Einheitlichkeit derselben verbleibt.

Wenn man, wie es hier geschieht, annimmt, daß »Treu und Glauben« eine Uneinheitlichkeit der Rechtsmeinungen bedingt, so muß man den Begriff auch für einen Faktor der Rechtsunsicherheit halten. Auch wenn man die Frage, inwieweit Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Rechtsstreits identisch sind, auf sich beruhen läßt, so besteht doch zwischen ihnen zum mindesten ein naher Zusammenhang. Die »Berechenbarkeit des Rechtsstreits« beruht auf dem Bestehen einheitlicher und klarer Rechtsmeinungen, und deren Notwendigkeit ergibt sich daraus, daß die Rechtsordnung nicht Selbstzweck ist, sondern eine Regelung des menschlichen Zusammenlebens darstellt, die um der Allgemeinheit willen da ist. Diese Zweckbestimmung bedingt, daß die Rechtsordnung nicht nur in den Grundzügen, sondern nach Möglichkeit auch hinsichtlich der einzelnen Konsequenzen, wenn nicht bekannt, so doch wenigstens erkennbar sein muß. »Festigkeit und Beständig-

24) Huegel S. 62.

keit der für das Leben des Volkes grundlegenden Ordnungen« [25]) sind hierfür zwar entscheidende Voraussetzungen; ich halte es aber für unrichtig, in ihnen die Rechtssicherheit selbst zu erblicken, dem Begriff dadurch wichtige Gesichtspunkte zu nehmen, der »Berechenbarkeit des Rechtsstreits« höchstens eine sekundäre, bestätigende Wirkung zuzubilligen [26]), und sie im übrigen als »liberalistisch« abzutun [27]). Falls man dies nicht tut, und den Begriff der Rechtssicherheit nicht in der wiedergegebenen abstrakten Form verwendet, ist aber nach dem oben Gesagten die Ansicht Schiefersteins, daß »die gefestigten Grundanschauungen des neuen Staates . . . auch bei Verwendung allgemein sittlicher Begriffe für die Rechtssicherheit bürgen« [28]), zu einem großen Teil unzutreffend.

IV. Interessenabwägung.

Mit der durch »Treu und Glauben« bedingten Unsicherheit zusammenhängend, aber noch schwerwiegender, ist die Unfruchtbarkeit aller vorwiegend auf diesen Begriff gestützten Konstruktionen. Sie ergibt sich daraus, daß »Treu und Glauben« — und ähnlich auch der Begriff der »Verkehrsanschauung« — zivilrechtlich orientierte Umschreibungen dessen darstellen, was als »gerecht« erscheint und ihre Anwendung daher eine Kundgebung von Rechtsüberzeugungen bedeutet, nicht aber die Angabe der hierfür bestehenden eigentlichen Grundlagen. Sicherlich ist bei aller Rechtsfindung der Begriff der Gerechtigkeit oder das den Menschen gegebene Gefühl für Gerechtigkeit der allen anderen Gesichtspunkten übergeordnete Maßstab; und sicherlich wird die Rechtsprechung und -wissenschaft unter jeder Rechtsordnung häufig ohne einen hinzukommenden gesetzlichen Maßstab, gestützt auf den Gesichtspunkt der »Gerechtigkeit« oder ein Surrogat dieses Begriffes, wie »Treu und Glauben« es beispielsweise darstellt, selb-

25) Haarkens, J. u. R. 1935 S. 280; Schieferstein S. 66.
26) Huegel S. 65.
27) Schieferstein S. 66.
28) S. 66.

ständig zu entscheiden haben. Diese Entscheidungen, und überhaupt alle Rechtsfindung und Rechtssetzung, werden aber um so gerechter sein, je genauer die konkreten Verhältnisse, auf die sie sich beziehen, berücksichtigt werden; und in dieser Hinsicht besagt der Begriff »Treu und Glauben« nichts, sondern maßgeblich ist hier m. E. der Gesichtspunkt der Interessenabwägung.

Dieses letztere Prinzip wird, wenn auch im einzelnen Abweichungen bestehen, vertreten von Rümelin und Heck, ferner von Stoll und überhaupt der sog. Tübinger Schule, und von Müller-Erzbach. Müller-Erzbach, welcher der Interessenabwägung ein besonders weites Gebiet zubilligt [1]), geht davon aus, daß sowohl bei der Gesetzgebung als auch in Theorie und Praxis bei der Rechtsfindung die Entscheidungen eine Ausgleichung typischer oder spezieller Interessenkonflikte bezwecken, und daher durch das Abwägen einander gegenüberstehender Interessen gefunden werden. »Recht finden« heißt seiner Ansicht nach »nichts anderes, als zwischen widerstrebenden Interessen den nach menschlichem Können besten Ausgleich zu finden, mögen bloß Interessen der einzelnen Individuen oder gleichzeitig auch Interessen der Gesamtheit, des Staates in Frage kommen« [2]). In Widerspruch zu dieser allgemein angewandten »realistischen« Methode stehen nach dieser Ansicht nur die, den Ergebnissen hinzugefügten Begründungen: In Fällen, in denen die Parteien an die später aufgetauchten Streitpunkte nicht gedacht, und noch weniger eine bestimmte Regelung gewollt hätten, bedeuteten z. B. Gesichtspunkte wie derjenige der »stillschweigenden Willenserklärungen« eine Argumentation mit »unbewiesenen« oder »gar nicht existierenden Tatsachen« [3]), und ähnlich werde in den Fällen der Konstruktion mit Hilfe von »Treu und Glauben« »die Rechtsfindung zur Gefühlssache« gemacht [4]). Abzulehnen sind nach Ansicht Müller-Erzbachs diese, auf die eigentlichen Grundlagen der Rechtsfindung nicht eingehenden Be-

1) S. Interessenjurisprudenz, S. 3/4.
2) Müller-Erzbach, Stellvertretung S. 95.
3) DJZ. 1906 Sp. 1237.
4) DJZ. 1906 Sp. 1232.

gründungen deshalb, weil sie die Tatsachen, aus denen sich die Interessenlage ergibt, nicht aufdecken und infolgedessen nicht in der Lage sind, »eine rein verstandesmäßige und daher nachprüfbare und allgemeingültige Lösung des Streites herbeizuführen« [5]).

Diese Betrachtungsweise bedeutet rechtsdogmatisch sowohl eine Ablehnung aller naturrechtlichen und rein begriffs- und konstruktionsjuristischen Lehren, als auch der Auffassung der rein historischen Schule. Neben dem Interesse oder Bedürfnis erkennt zwar Müller-Erzbach auch die Macht als einen Baustein des Rechts an [6]), im Gegensatz zur historischen Schule hält er aber das Recht nicht für ein bloßes »Produkt der Geschichte«, einen »Ausdruck des Volksgeistes«, statt der »subjektiven Vernunft der einzelnen« [7]), sondern mißt der bewußten Rechtsfindung eine selbständige Bedeutung bei, so daß sich seiner Ansicht nach die »realistische« Methode einerseits und die historische und die rechtsvergleichende Methode andererseits ergänzen [8]) und die historische Methode dem Juristen »das Experiment« ersetzt, »das er bei der Undurchsichtigkeit der Verhältnisse und der unübersehbaren Fülle juristischer Möglichkeiten nicht entbehren« kann [9]).

Im übrigen bedeutet die Interessenjurisprudenz nicht nur eine Opposition gegen die rein historischen und begriffsjuristischen Methoden, sondern sie ist auch weitgehend durch diese Richtungen erst bedingt und verständlich. Ohne sie und die mit ihnen im Ergebnis verbunden gewesene Entfremdung des Rechts von der Wirklichkeit [10]) wäre der Gedanke, daß alle einzelnen oder gene-

---

5) DJZ. 1906 Sp. 1232.

6) »Macht« ist hierbei gemeint als »alles, was im Gemeinschaftsleben Einfluß gewährt«, d. h. auch als »rein geistiger Einfluß« (Müller-Erzbach, Interessenjurisprudenz, S. 15); ebenso, wie »Interesse« selbstverständlich durchaus auch im ideellen Sinne mit gemeint ist, nicht nur im materiellen.

7) Dernburg, Pandekten Bd. I § 17 (S. 37).

8) Stellvertretung S. 100.

9) Stellvertretung S. 98.

10) Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist beispielsweise eine bei Müller-Erzbach (Hinwendung, S. 9 Anm. 1) zitierte Äußerung Landsbergs, nach welcher Windscheid es überhaupt als »Verleugnung seines Berufes« betrachtet habe, »Zweckmäßigkeitsgründe zu berücksichtigen«.

rellen rechtlichen Regelungen im Hinblick auf konkrete Lebensverhältnisse durch Abwägung und durch Wertung dieser Lebensverhältnisse entstehen, wahrscheinlich zu naheliegend, um ausdrücklich betont werden zu müssen und die Grundlage für eine besondere Methode darzustellen. Problematisch könnte dann höchstens die nähere Ausgestaltung der Art des Abwägens und Wertens sein und die — von der derzeitigen Interessenjurisprudenz mit Recht zugunsten einer unbedingten Bindung an das Gesetz entschiedene [11]) — Frage, inwieweit bei der Rechtsfindung (im Gegensatz zur Rechtssetzung) dem »Abwägen« und »Werten« gesetzlich bereits vorgenommene Wertungen als maßgebend zugrunde gelegt werden müssen. — In Wirklichkeit jedoch sind nicht so sehr diese letzteren Fragen problematisch, sondern es ist das Selbstverständliche des Grundgedankens der Interessenjurisprudenz dadurch verdeckt, daß — insbesondere infolge der Begriffsjurisprudenz — die natürlichen und die juristischen Tatbestände vermischt wurden. Zum mindesten der Ausdrucksweise nach werden die rechtlichen Regelungen nicht mehr auf die natürlichen Tatbestände als solche, sondern bereits ihrerseits auf juristische Tatbestände aufgebaut, und dieses Verfahren ist es, das dann auch sachlich die Rechtsfindung beeinträchtigt, sie lebensfremd und unpräzise macht, und auf dem die hier gemeinte Unfruchtbarkeit

11) Der Ausdruck »abwägen« ist insofern nicht ohne weiteres bezeichnend. Soweit es sich nicht um Rechtsschöpfung, sondern um Rechtsauslegung handelt, ist nicht abzuwägen, sondern an Hand der im Gesetz enthaltenen Interessenbewertung zu entscheiden. Die Bindung an das Gesetz wird infolgedessen durch die Interessenjurisprudenz nicht abgeschwächt, sondern im Gegenteil gegenüber der Begriffsjurisprudenz durch genaueres Erfassen des Gesetzes und der dem Gesetz zugrunde liegenden Tatbestände verstärkt. So Müller-Erzbach (Interessenjurisprudenz S. 64, 126/127), und ähnlich auch Heck (Interessenjurisprudenz S. 21): Der Richter »hat den gesetzlichen Werturteilen zu folgen, nur subsidiär kann seine Eigenwertung eingreifen«. Ferner Stoll (S. 73): »Die Lückenergänzung erfolgt unter der Fernwirkung der gesetzlichen Werturteile.«

Statt des Ausdrucks »Interessenjurisprudenz« empfiehlt Stoll im übrigen als weniger mißverständlich und kennzeichnender für die verwendete Methode die Ausdrücke »Wertungsjurisprudenz« oder »Wertungsrechtswissenschaft« (S. 67 Anm. 1).

Als »oberster Leitstern« bei dieser Wertung wird auch von der Interessenjurisprudenz der Begriff der Gerechtigkeit angesehen (Stoll S. 74/75).

der Argumentationen mit »Treu und Glauben« beruht. Es kommt auf dem Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse darin zum Ausdruck, daß das Gewicht einseitig auf den Parteiwillen, und damit — wie gesagt — auf »Treu und Glauben« gelegt wird, statt primär die Gefälligkeitsverhältnisse selbst zu betrachten, und erst dann zu fragen, inwieweit gesetzliche Wertungen, z. B. der vom Gesetz sanktionierte »Verpflichtungswille« auf sie anwendbar sind oder inwieweit davon unabhängig eine Abwägung und Wertung stattfinden muß. Das Fehlen dieser Trennung der natürlichen Tatbestände und der Wertung derselben ist es, was Müller-Erzbach mit den unzutreffenden Begründungen juristischer Entscheidungen und mit seiner Ablehnung der Verwendung von »stillschweigenden Willenserklärungen« und »Treu und Glauben« meinte. Und das gleiche besagt auch die Auffassung v. Hippels, daß »die Feststellung der Sachverhalte und die juristische Beurteilung der festgestellten Sachverhalte reinlich voneinander« zu scheiden seien, daß die Begriffsjurisprudenz rechtliche Regelungen »irrtümlich dem natürlichen Sachverhalt selbst zu entnehmen« versuche und dabei, »Tatsächliches und Juristisches bis zur Unkenntlichkeit verquickend, den Sachverhalt jeweils in der Weise« feststelle, »daß die zuvor aus rechtlichen Erwägungen gewählte Rechtsfolge fiktiv aus dem Tatbestande ‚entspringt', den man im Hinblick auf sie zurechtpräparierte«[12]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Interessenjurisprudenz nicht eine Lösung darstellt, sondern erst einen Ausgangspunkt. Gerade hiermit hängt jedoch auch ihre besondere Verwertbarkeit zusammen: Teils zwingt die ausdrückliche, aus einer unbewußten in eine bewußtere Sphäre übertragene Interessenabwägung zu einer größeren Übersicht und ordnet die einzelnen Gesichtspunkte und Begriffe erkennbar einem zentralen Prinzip unter; vor allem aber ist dieses Prinzip vom positiven Recht unabhängig, nicht ein Bestandteil, sondern die Grundlage desselben und daher auch allein in der Lage, dessen Fortbildung herbeizuführen.

12) S. 17/18 Anm. 29. — Über die — im übrigen nur teilweise bejahende — Stellungnahme v. Hippels zur Interessenjurisprudenz s. v. Hippel S. 75 Anm. 1.

Diese Unabhängigkeit vom positiven Recht — wie schon gesagt, ist dieselbe keineswegs im Sinne von Bindungslosigkeit an dasselbe gemeint — ist für die hier zu erörternden Gefälligkeitsverhältnisse deshalb von besonderer Bedeutung, weil bei ihnen positivrechtliche Grundsätze, auf die aufgebaut werden könnte, in besonders geringem Maß in Betracht kommen. Eine Regelung besteht nur hinsichtlich des, auch für die Gefälligkeitsverhältnisse zunächst maßgeblichen Deliktsrechts und hinsichtlich der ihnen nahestehenden, als Indizien für die gesetzliche Wertung verwandter Tatbestände in Betracht kommenden, unentgeltlichen »benannten« Verträge. Abgesehen davon ist aber weder ein Gesetzes- noch ein anerkanntes Gewohnheitsrecht vorhanden, sondern, wie es zu Anfang dieser Arbeit dargelegt wurde, in Literatur und Rechtsprechung noch alles umstritten. Ganz zu schweigen von der schuldrechtlichen Ausgestaltung der Gefälligkeitsverhältnisse im einzelnen besteht nicht einmal hinsichtlich des rechtlichen Charakters selbst, und der für denselben maßgebenden Merkmale Übereinstimmung; und soweit das Recht noch so wenig feste Form angenommen hat, muß die Rechtsfindung notgedrungen unabhängig vom positiven Recht erfolgen und bewußt als Rechtsschöpfung aufgefaßt werden: Statt auf problematisches Recht noch problematischeres neues Recht aufzubauen, ist unter Abwägung der Interessen zu erforschen, was angemessen und gerecht erscheint, und dann erst festzustellen, inwieweit die so gefundenen Ergebnisse mit der bruchstückweise vorhandenen positivrechtlichen Regelung in Einklang stehen oder zu bringen sind.

Die Folge dieser Betrachtungsweise ist vor allem eine selbständigere Stellungnahme gegenüber dem Parteiwillen; und zwar nicht nur, wie bisher dargelegt, gegenüber dem »stillschweigenden« und fiktiven Parteiwillen, sondern gegenüber dem Parteiwillen als solchem, eine Konsequenz, die sich noch verdeutlichen läßt, wenn man die Fragen unter einer anderen Perspektive betrachtet und ganz allgemein vom Wesen der Rechtswirkungen als solchen ausgeht:

Das Recht bezweckt nach Manigk, eine »Zwangsordnung des

wirklichen Lebens«[13]) zu sein und verwirklicht dies durch das Aufstellen von Rechtsnormen, die an »Tatsachen des Lebens in deren Würdigung und Wertung«[14]) Rechtsfolgen knüpfen. Die Rechtswirkungen selbst beruhen dann auf einem Syllogismus: Ihre Prämissen sind einerseits die Rechtsnormen, andererseits die konkreten Tatbestände. Beide stellen wegen der Gleichwertigkeit derartiger Prämissen in gleicher Weise und »streng genommen als Einheit« die Grundlagen der Rechtswirkungen dar[15]), und hieraus ergibt sich für den Parteiwillen, daß auch er dann maßgebend ist — bzw. in gleicher Weise maßgebend, wie die Rechtsnorm —, wenn er vom Recht als Tatbestandsmerkmal anerkannt ist[16]). Dies letztere ist aber gerade bei den Gefälligkeitsverhältnissen nicht ohne weiteres zu unterstellen. Da das Gesetz zu ihnen, abgesehen vom Deliktsrecht und den nur als Indiz betrachteten »benannten« Verträgen noch in keinem Punkte eindeutig Stellung genommen hat, ist bei ihrer Beurteilung ganz von vorne anzufangen und »unter Würdigung und Wertung« der Sachlage festzustellen, wie die Rechtsordnung sich zu ihnen verhalten soll. Hierfür ist der Parteiwille unerheblich. Es ergibt sich vielmehr, auf diesen frühen Zeitpunkt zurückbezogen, auch ihm gegenüber ein ganz allgemeines Primat des Rechts und der Interessenabwägung, das sehr vollkommen ausgedrückt ist in dem Satz Lenels, daß es »das Wirken der Rechtsordnung nicht bloß richtiger, sondern auch würdiger begreifen« heiße, »wenn man ihr Eingreifen nicht darauf zurückführt, daß die Parteien dies Eingreifen wollen, sondern darauf, daß die Zwecke der Parteien mit denen der Rechtsordnung übereinstimmen«[17]).

13) Manigk, H. d. R. Bd. 4 S. 755.

14) Manigk, H. d. R. Bd. 4 S. 755.

15) Manigk, H. d. R. Bd. 4 S. 757. Anders Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 133 Note 1: Es wird dort angenommen, daß zwar »rein logisch nur Gesetz und Rechtsgeschäft zusammen als Ursache der rechtsgeschäftlichen Wirkung bezeichnet werden« können, daß aber tatsächlich im römischen und im heutigen Recht die Anschauung vorherrsche, »daß der vom Gesetz ermächtigte Privatwille die rechtsgeschäftliche Wirkung hervorrufe«.

16) So hinsichtlich des Geschäftswillens Manigk, H. d. R. Bd. 4 S. 757.

17) Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, JJ. Bd. 19 S. 154 ff., insbes. S. 253.

Nach dieser Ansicht Lenels ist es ein »unseliger Irrtum«, »die Rechtsfolge auf den Parteiwillen direkt« zurückzuführen. »Statt zu untersuchen, welche Rechtsfolge, und warum sie dem Parteiwillen angemessen sei«, habe man »das Gewolltsein dieser Rechtsfolge der Partei in die Seele geschoben«; man habe sich die Lösung der eigenen Aufgabe erspart, »indem man die Fiktion des Parteiwillens als stets bereites Tischlein-deck-dich in Szene setzte« [18]). Das Kriterium des Rechtsgeschäfts ist hiernach folgerichtig nicht, »ob in concreto die Partei eine Rechtsveränderung gewollt hat oder nicht«, sondern »ob die Parteiinteressen vom Recht als der rechtlichen Förderung bedürftig und würdig anerkannt sind« [19]), und ebenso ist das Kriterium des Schuldverhältnisses nicht der Verpflichtungswille, sondern die Tatsache, daß die Rechtsordnung das Vertrauen, das auf Versprechungen gesetzt wird, für schutzwürdig erklärt. Ob sie dies tut, hängt nach Ansicht Lenels von den Interessen des Verkehrs ab, und von Inhalt, causa oder Form der Erklärungen und kann »nur durch historische Forschung« ermittelt werden [20]).

Daß Lenel im übrigen bestreitet, daß man an Rechtsfolgen denkt, wenn man ein Buch verleiht, oder bei einem Brande seine Möbel in einem Nachbarhause unterbringt [21]), beruht m. E. darauf, daß er hier die Grundlagen zivilrechtlicher Regeln und die zivilrechtlichen Regeln selbst nicht unterscheidet. Die von Lenel dargelegten Kriterien des Rechtsgeschäfts und des Schuldverhält-

18) Lenel, JJ. Bd. 19 S. 251.

19) Lenel, JJ. Bd. 19 S. 251/252.

20) JJ. Bd. 19 S. 202. — Nach Ansicht Lenels kann nur diese historische Auffassung es erklären, »daß Verträge, die nach der herrschenden Lehre auf Hervorbringung juristischer Wirkungen gerichtet sind, im Leben existiert haben, lange ehe sie mit juristischer Wirkung ausgestattet waren« (JJ. Bd. 19 S. 202). Ferner ist charakteristisch für die historische Betrachtungsweise die Äußerung Lenels in JJ. Bd. 19 S. 155/156: »Fast alle die Geschäfte, die wir heute als Rechtsgeschäfte ansehen, haben, wer weiß, wie lange Zeit, unter dem Schutze von Anstand, Sitte, Religion existiert, ehe das Recht sie mit Rechtswirkung ausstattete: das Recht hat sie nicht geschaffen, sondern bloß übernommen, adoptiert.« — »Die Klagbarerklärung der bonae fidei negotia gehört erst den letzten Jahrhunderten der Republik an, den Schöpfer der Pfandklage kennen wir bei Namen.«

21) JJ. Bd. 19 S. 206.

nisses gehören gewissermaßen in die Sphäre der Gesetzgebung, und ihre Bedeutung besteht darin, daß sie betonen, daß Rechtsschöpfung und Parteiwille voneinander unabhängig sind; mit den zuletzt wiedergegebenen schuldrechtlichen Beispielen überträgt Lenel dagegen die von ihm aufgestellten Kriterien zu Unrecht in die Sphäre der auf bereits bestehende Normen gestützten Rechtsprechung und Rechtsfindung. Er betrachtet nicht mehr den Ursprung des Rechts, sondern einzelne rechtliche Regelungen selbst, und hier ist eine allgemeine Ignorierung des Parteiwillens unzutreffend: Soweit die Rechtsordnung Tatbestände normiert hat, durch deren Verwirklichung die Parteien selbständig Rechtswirkungen hervorbringen, und ihre rechtlichen Beziehungen regeln sollen, gehört zu ihrer Verwirklichung, daß dies bewußt geschieht, und daß die Parteien die Rechtsfolgen, die sie — in großen Zügen wenigstens — kennen, auch wollen. Abgesehen vom bloßen Handlungswillen ist demnach hier auch ein Erklärungswille, ein Geschäftswille, und in den Fällen der, die Parteien oder eine derselben verpflichtenden Schuldverhältnisse, ein Verpflichtungswille erforderlich.

Anders ausgedrückt handelt es sich bei dem eben Gesagten um das Problem der Rechtsfolgentheorie und der Grundfolgentheorie: Im Rahmen der positiv-rechtlich normierten Privatautonomie ist — wie ich eben darzulegen versuchte — entsprechend der Rechtsfolgentheorie ein bestimmter, juristisch qualifizierter Parteiwille erforderlich; soweit aber die Tatbestände von der Rechtsordnung noch nicht erfaßt sind, und noch unklar ist, ob und welche Rechtswirkungen und -verpflichtungen entstehen, kann auch von den Parteien nur ein geringes Maß von Bewußtheit erwartet und verlangt werden, so daß es ausreichend ist, wenn sie, entsprechend der Grundfolgentheorie, an die wirtschaftlichen Wirkungen denken. Ein auf Rechtsfolgen gerichteter Geschäftswille und ein rechtlicher Verpflichtungswille sind demnach grundsätzlich, d. h. soweit wenigstens über den rechtlichen Charakter der Tatbestände Klarheit herrscht, erforderlich, andererseits auf Gebieten, auf denen dies nicht der Fall ist, unerheblich. Hier genügt ein rein

tatsächlicher Handlungswille, der sich allerdings der jeweiligen Rechtsentwicklung anpassen, und dadurch gegebenenfalls zu einem rechtlichen Erklärungs-, Geschäfts- und Verpflichtungswillen werden muß.

Wenn auf diese Weise die Rechtsfolgentheorie und die Grundfolgentheorie auf verschiedene Entwicklungsstufen des Rechts bezogen werden, und der Einfluß des Rechts auf den Parteiwillen berücksichtigt wird, kommen die Widersprüche zwischen beiden Theorien in Wegfall. Unrichtig ist es aber m. E., statt eines Einflusses des Rechts auf den Parteiwillen nur einen solchen des Parteiwillens auf das Recht anzunehmen und entsprechend der Rechtsfolgentheorie Ergebnisse rechtlicher Regelungen für ihre Grundlagen zu halten und ihrerseits als Grundlagen weiterer rechtlicher Regelungen zu verwenden.

Im Ergebnis bedeutet dies, daß die Ansichten Lenels und insbesondere Schloßmanns [22]) mir als zu weitgehend erscheinen, da eine Ablehnung des Parteiwillens als ursprüngliche Rechtsgrundlage nicht eine Ablehnung desselben überhaupt bedingt, daß ich jedoch hinsichtlich der Gefälligkeitsverhältnisse mit Rücksicht auf die geringe juristische Entwicklung dieses Gebietes eine rein objektive, vom Parteiwillen noch absehende Betrachtungsweise für angemessen halte. Je nachdem, wie Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre zu den Gefälligkeitsverhältnissen Stellung nehmen, kann sich bei ihnen ein Parteiwille mit der Zeit entwickeln und dann als vom Recht sanktioniert auch maßgebend sein; vorläufig ist aber unabhängig von ihm noch die angemessene Regelung zu suchen.

Hierbei ist der entscheidende Gesichtspunkt die Interessenlage, während andere Merkmale, insbesondere die objektiven Schuldvertragskriterien des Vermögensinteresses, des schutzwürdigen

22) Schloßmann (Der Vertrag, Leipzig 1876) ist in der Ablehnung des Parteiwillens als Grundlage des Vertragsrechts ganz besonders konsequent. Er will ihn ersetzen durch Gesichtspunkte, wie insbesondere diejenigen des Verschuldens und der Vermögensbeschädigung, hält einen Unterschied zwischen Vertrag und Delikt nicht für gegeben und nimmt an, daß das Vertragsrecht in ähnlicher Weise normiert werden könne wie etwa das Strafrecht.

Interesses und der verschiedenen Sphären, und die objektiven Haftungskriterien des Handelns auf eigene Gefahr im Sinne Fischers und der Erklärungshaftung Enneccerus-Lehmanns, zwar Möglichkeiten darstellen, die Interessen zu erforschen, aber keine absolute Geltung haben und nicht allen Gefälligkeitsverhältnissen gerecht werden. »Treu und Glauben« schließlich und »Gerechtigkeit« bedeuten Maßstab und Ziel, sind aber keine Grundlage und kein Verfahren; und »Recht« ist, wenn auch die Rechtsordnung konkreten Zwecken dient, an sich ein absoluter und den Zwecken übergeordneter Begriff, so daß auch nicht die oben wiedergegebene Definition, nach welcher Recht dasjenige ist, was dem deutschen Volke nützt, zutreffend ist und eine Richtung zu geben vermag.

V. Praktische Folgerungen.

Der folgenden Stellungnahme zu den Fragen des schuldrechtlichen Vertragscharakters und des Haftungsmaßstabes der Gefälligkeitsverhältnisse ist besonders vorauszuschicken, daß sie nur eine provisorische sein kann. Das ist im Grunde selbstverständlich, es gilt für das hier behandelte Gebiet und den hier eingenommenen Standpunkt aber in erhöhtem Maße. Wenn die Gefälligkeitsverhältnisse ein rechtlich neues Gebiet sind und wenn ihre juristische Erfassung erst durch eine rechtsschöpferische Abwägung der Interessen erstrebt werden muß, so ergibt sich hieraus, daß »praktische Folgerungen« an sich noch gar nicht gezogen werden können. Sie würden voraussetzen, daß die Interessenlagen erforscht, die konkreten Lebens- und Sozialverhältnisse, aus denen sie sich ergeben, schon untersucht sind.

Andererseits wurden derartige Untersuchungen deshalb nicht zum Gegenstand dieser Arbeit gemacht, weil sie augenblicklich nicht das wichtigste zu sein scheinen. Das Vordringlichste ist es nicht, die Interessenlage zu klären, sondern dazu beizutragen, die Hindernisse zu vermindern, die dieser Klärung entgegenstehen. Derartige Hindernisse scheinen mir auf dem Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse der »Parteiwille« und »Treu und Glauben« zu

sein. Ihnen gegenüber die »Interessenabwägung« zu befürworten, und überhaupt die besondere Notwendigkeit einer möglichst konkreten und objektiven Methode gerade auf diesem bisher so unkonkreten Gebiet darzulegen, sollte vor allem in dieser Arbeit versucht werden. Ergebnisse zu postulieren, ist es vorläufig im Grunde noch zu früh und auch die hier folgenden »Folgerungen« sollen daher nicht sowohl Ergebnisse darstellen, als vielmehr die Richtung andeuten, in der mir die Ergebnisse zu liegen scheinen.

Hieraus ergibt es sich auch, daß trotz der in den vorigen Abschnitten vertretenen weitgehenden Ablehnung der Generalklauseln im folgenden auf generalklauselartige Lösungen zurückgegriffen werden wird. Dies soll hinsichtlich des früher Gesagten keinen Widerruf bedeuten. Abgelehnt wurden die Generalklauseln — insbesondere die Begriffe »Verkehrsanschauung« und »Treu und Glauben« — vor allem als eine für die Rechtsfindung und Rechtsschöpfung verwendete G r u n d l a g e. Als Ergebnis der Rechtsschöpfung und als Maßstab bei der Rechtsfindung und Rechtsschöpfung sind sie teilweise berechtigt: Einmal, soweit sie neben anderen, konkreteren gesetzlichen Bestimmungen nur ergänzenden Charakter haben; zum anderen aber u. U. auch als primäre gesetzliche Regelung: Hier können sie — wie es auch früher bereits angenommen wurde [1]) — zuweilen gerechtfertigt sein, als ein zunächst nicht zu vermeidender Notbehelf; zuweilen aber auch als dauernde und sachlich gerechtfertigte Regelung: in den — aus Gründen der Rechtssicherheit allerdings sparsam auszuwählenden — Fällen, in denen infolge einer besonderen Sachlage eine kasuistische gesetzliche Regelung unzweckmäßig ist, und — in mehr oder weniger uneingeschränkter Form — das zwar unsicherere, aber an sich subtilere richterliche Ermessen Platz greifen muß.

Für das folgende möchte ich hiervon vor allem den Notbehelfscharakter der Generalklauseln in Anspruch nehmen. Ich werde unter Zugrundelegung des Prinzips der Interessenabwägung gegenüber den besonders allgemeinen Begriffen »Verkehrsanschauung« und »Treu und Glauben« andere, etwas konkretere Gesichtspunkte

1) S. S. 53 dieser Arbeit.

befürworten, halte aber auch diese nicht für unangreifbar, sondern bei genauerer Kenntnis der einzelnen Lebensverhältnisse und bei besserer Abwägung der sich aus ihnen ergebenden Interessen für ersetzbar durch neue eingehendere Regelungen.

1. Der schuldrechtliche Vertragscharakter.

Die Gefälligkeitsverhältnisse unterliegen, unabhängig davon, ob man sie als obligatorische Verträge auffaßt oder nicht, im Falle der Verletzung grundsätzlich [2]) auch dem Recht der unerlaubten Handlungen, und infolgedessen kann man sie aus zwei verschiedenen Richtungen in Angriff nehmen: Man kann versuchen, das Recht der Gefälligkeitsverhältnisse im Verhältnis zum Deliktsrecht abzuschwächen oder auszubauen. Von den im Schrifttum vertretenen Ansichten erschöpft sich hierbei, da das Deliktsrecht keine Sonderbindungen unter den Parteien mit sich bringt, die erstere Richtung darin, die deliktsrechtlichen Haftungsbestimmungen einzuschränken; die andere Richtung hingegen nimmt zunächst vertragliche oder vertragsähnliche Bindungen an, schränkt dieselben dann ihrerseits durch Kündigungs- und Widerrufsrechte ein und schränkt außerdem z. T. auch in ähnlicher Weise, wie die erstere Richtung, die Haftungsbestimmungen ein.

Praktisch ist daher der Unterschied zwischen diesen beiden Auffassungen nicht sehr groß: Da ein Erfüllungsanspruch, der nach der deliktsrechtlichen Richtung von vornherein ausscheidet, nach der vertragsrechtlichen Richtung meistens durch freien Widerruf beseitigt werden kann, und Haftungsbeschränkungen innerhalb beider Richtungen vertreten werden, bestehen die Abweichungen vor allem darin, daß in den Fällen, in denen kein Widerruf erklärt wurde — abgesehen von Verschiedenheiten, die in der Regelung der Verjährung und anderer Einzelheiten zwischen Deliktsrecht und Vertragsrecht bestehen — für dritte Personen nach der vertraglichen Richtung gemäß § 278 BGB. gehaftet wird, nach der deliktsrechtlichen Richtung dagegen nur gemäß § 831 BGB.

2) Inwieweit Ausnahmen bestehen, soll hier dahingestellt bleiben.

Die weitgehenden Einschränkungen, mit denen danach die von der vertragsrechtlichen Richtung angenommenen Schuldverhältnisse verwendet werden, lassen es an sich als zweifelhaft erscheinen, ob derartige Verträge noch Schuldverhältnisse sind, und ob es sinnvoll sein kann, sie eigens zu konstruieren, um sie dann wiederum zu verflüchtigen. Umgekehrt stehen diesen Bedenken aber Gesichtspunkte, die sich aus der Regelung der »benannten« unentgeltlichen Verträge ergeben, gegenüber: Denn wenn auch der Inhalt der Schuldverhältnisse im Grunde in dem rechtlich gesicherten Erfüllungsanspruch besteht (§ 241 BGB.), so hat sich das BGB. durch die Regelung der »benannten« unentgeltlichen Verträge doch auf den Standpunkt gestellt, daß auch bei einem stark eingeschränkten Erfüllungsanspruch die Form des obligatorischen Vertrages noch verwertbar ist. Der Vertrag hat dann zwar nicht mehr die Bedeutung, eine Leistung sicherzustellen, aber, wie Krückmann es ausdrückt, doch diejenige, in gewissem Umfang vor »Täuschung durch Wortbruch« zu schützen [3]); und auch abgesehen von der Haftung für Erfüllungsgehilfen und der praktischen Bedeutung der einzelnen Ergebnisse des Vertragsrechts, stellen selbst sehr farblose Verträge doch schon als solche eine vom reinen Deliktsrecht grundsätzlich verschiedene Regelung dar.

Bei der Frage, ob vertragsrechtliche Garantien in dem eben dargelegten Sinne auf die Gefälligkeitsverhältnisse Anwendung finden sollen, ist m. E. zunächst zu berücksichtigen, was für die ohne ein derartiges Eingreifen des Schuldrechts sich ergebende Regelung spricht, während die Notwendigkeit weitergehender Sicherheiten erst nachher in Betracht zu ziehen ist.

Zutreffend als Ausgangspunkt sind hierbei die von Fischer betonten »Sonderbeziehungen«. Sie bezeichnen den bei den Gefälligkeitsverhältnissen im Unterschied zum Deliktsrecht vorhandenen

3) So Krückmann, Seuff. Bl. Bd. 74 S. 118: »Sieht man sich Auftrag und Verwahrung genauer an, so wird man finden, daß der Grundgedanke nicht ist die Erzwingbarkeit der Erfüllung, sondern nur der Schutz vor der Täuschung durch Wortbruch. Diese Grenze muß innegehalten werden, das Recht darf nicht hinter ihr zurückbleiben, darf sie aber auch nicht überschreiten.«

persönlicheren Charakter und stellen die Ursache dar für alle Theorien, die über die Gefälligkeitsverhältnisse aufgestellt wurden, so daß es auch angemessen ist, sie bei einer auf die Interessenlage abstellenden Beurteilung zugrunde zu legen.

Andererseits ist der Begriff der Sonderbeziehungen als solcher jedoch zu farblos, um lediglich seinetwegen über die Zweiteilung Vertrag — Delikt den Stab zu brechen. Sowohl das Vertragsrecht als auch das Deliktsrecht besitzt eine gewisse Anpassungsfähigkeit und einen gewissen Spielraum, und um festzustellen, ob das Vertragsrecht, das Deliktsrecht oder eine besondere Zwischenform bei der Regelung der Gefälligkeitsverhältnisse die angemessene Grundlage darstellt, kommt es daher nicht auf die Sonderbeziehungen an sich an, sondern auf deren Inhalt.

Diesen Inhalt erblicke ich, ganz allgemein betrachtet, in einem mehr oder weniger ausgeprägten und mehr oder weniger bewußten Moment persönlichen Vertrauens: Während für die über das Deliktsrecht hinausgehenden Beziehungen bei den entgeltlichen Verträgen eine rechtlich gesicherte Gegenseitigkeit bezeichnend ist, und auch bei den »benannten« unentgeltlichen Verträgen dadurch, daß überhaupt besondere Rechtsregeln und besondere Rechte und Pflichten bestehen, ein verhältnismäßig sachlicher Charakter ermöglicht wurde, treten bei den Gefälligkeitsverhältnissen diese Momente ganz in den Hintergrund. Bei ihnen sind nicht nur — in Umkehrung des bei den »benannten« Verträgen Gesagten — die Parteien gezwungen, sich mangels sicherer Rechtsregeln mit ihrer Menschenkenntnis zu begnügen, sondern außerdem entspricht dies auch der Struktur der Tatbestände selbst, die weit mehr noch, als es bei den »benannten« unentgeltlichen Verträgen der Fall ist, rechtlichen Inhalten und Garantien unzugänglich sind.

Die Gründe hierfür sind nicht einheitlich. Sie hängen damit zusammen, daß unter den Gefälligkeitsverhältnissen selbst viele Verschiedenartigkeiten und Abweichungen bestehen, die sehr ins einzelne gehende Regeln erfordern würden; daß es rechtspolitisch unrichtig ist, zu unscheinbare und geringfügige Tatbestände besonderen Rechtsnormen zu unterwerfen; daß sich bei den Gefällig-

keitsverhältnissen bestimmte Leistungs- oder sonstige Pflichten sehr schwer herauskristallisieren und endgültig festlegen lassen; und schließlich, daß vielen Gefälligkeitsverhältnissen ein Rechtszwang überhaupt zuwiderlaufen würde. Er würde den Erfolg haben, daß die Gefälligkeiten aufhören würden, Gefälligkeiten zu sein, ein Gesichtspunkt, der etwa auf denjenigen der geschäftsmäßigen und der nichtgeschäftsmäßigen Sphäre hinausläuft und auf das von Michaelis verwendete Beispiel [4]), daß es zwecklos wäre, die Einhaltung einer Verabredung zum Skatspielen durch einen Rechtsanspruch erzwingbar zu machen, der gleichzeitig den Charakter der Freiwilligkeit beseitigen würde.

Sicherlich sind die soeben genannten Gründe willkürlich und nicht in der Lage, die in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu erschöpfen; erkennbar ist jedoch m. E., daß zum mindesten im großen und ganzen die Einbeziehung der Gefälligkeitsverhältnisse in das Gebiet schuldrechtlicher Normen unzweckmäßig oder sogar schädlich ist. Außerrechtliche Momente, wie gegenseitiges Vertrauen und das Sich-verlassen auf persönliche Eigenschaften, stellen für sie grundsätzlich einen anpassungsfähigeren und besseren und auch einen ausreichenden Inhalt dar.

Anders ausgedrückt bedeutet das hier angenommene Moment des Vertrauens, wie überhaupt jedes Betätigen von Vertrauen und Menschenkenntnis, auch in gewisser Weise ein Handeln auf eigene Gefahr. Diese Gefahr muß bei den Gefälligkeitsverhältnissen jedoch im allgemeinen hingenommen werden. Da sie mit dem Vertrauen unmittelbar verbunden ist, stellt sie weitgehend das Wesen und den Wert der Gefälligkeiten dar, so daß es unangemessen wäre, sie ohne zwingenden Grund generell durch Rechtsnormen zu modifizieren oder von einer Partei zur anderen zu verlagern. Das Recht kann nicht die Aufgabe haben, jedes Risiko zu regeln, und man kann auch auf dem Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse davon ausgehen, daß jeder, wie es im allgemeinen der Fall ist, den Schaden, den er erleidet, selbst trägt.

---

4) Michaelis S. 29.

Im Ergebnis ist damit gesagt, daß ich in dem Dominieren des Vertrauens nicht nur das derzeit Charakteristische der Gefälligkeitsverhältnisse sehe, sondern diesen Zustand — mindestens als Grundlage und Grundsatz und soweit vorläufig eine Stellungnahme überhaupt erlaubt erscheint — auch für angemessen halte. Für einen Vertrag oder eine vertragsähnliche Zwischenform ergeben m. E. die konkreten Tatbestände noch keine überzeugenden Gründe, so daß ich die, durch das Deliktsrecht gezogenen Schranken für ausreichend, und daher auch besondere Erhaltungspflichten und eine Haftung für Erfüllungsgehilfen, wie sie von Enneccerus-Lehmann vorgeschlagen wurden, nicht für erforderlich halte.

Für das geltende Recht bedeutet dieser grundsätzlich und de lege ferenda vertretene Standpunkt, daß ich auch hier gewohnheitsrechtlich oder in anderer Weise fundierte vertragliche oder vertragsähnliche Schuldverhältnisse auf dem Gebiet der Gefälligkeitsleistungen für nicht existierend halte und auch die »benannten« Verträge nicht mehr, als sich wirklich aus ihrem Wesen ergibt, ausdehnen würde. Unrichtig ist es z. B., die Gefälligkeitsfahrt, nur um sie unter einen »benannten« Vertrag zu subsumieren, als Leihe des Platzes [5]) oder als Schenkung des mehrverbrauchten Betriebsstoffes zu betrachten [6]) oder hinsichtlich des Tanzens von einem »echten Gesellschaftsvertrag« im Sinne des BGB. zu sprechen [7]). Auch im übrigen scheint es mir aber nicht der geeignete

5) So Krückmann, Seuff. Bl. Bd. 74 S. 154 hinsichtlich der Gefälligkeitsfahrt, die der Entscheidung RG. Bd. 65 S. 17 ff. zugrunde lag. In anderen Fällen (wenn nicht die Fahrt als solche, sondern die Fortbewegung den Hauptzweck darstellt) nimmt er einen Auftrag mit leiherechtlichem Element an (z. B. Seuff. Bl. Bd. 74 S. 155).

6) Klünder S. 20. — Auch wenn man hier die Frage Vertrag oder Gefälligkeitsverhältnis auf sich beruhen läßt, ist es instruktiv, sich in solchen Fällen das entgeltliche Gegenstück zu vergegenwärtigen. Auch dort spricht man nicht von Miete des Platzes und Kauf des Benzins. Hinzu kommt ferner, daß bei Annahme einer Schenkung ein durch die Kosten des mehrverbrauchten Betriebsstoffes jedenfalls nicht begründeter Unterschied bestehen würde zwischen der Regelung der Gefälligkeitsfahrt mit Kraftfahrzeugen und derjenigen mit Fuhrwerken; denn sicherlich kann nicht darauf abgehoben werden, daß infolge der Mehrbelastung des Fuhrwerks das Pferd mehr Futter braucht.

7) Krückmann, JW. 1932 S. 3688/3689.

Weg zu sein, unentgeltliche Vertragstypen, wie insbesondere diejenigen des Auftrags, der Leihe und der Verwahrung, allgemein zur Regelung von Gefälligkeitsverhältnissen heranzuziehen, und dadurch den Begriff der »Geschäftsbesorgung« zu verflüchtigen und in den Fällen der Leihe und der Verwahrung das Erfordernis der Besitzübertragung zu ignorieren. Hinsichtlich der »Geschäftsbesorgung« ist es begründet, wenn sie von der herrschenden Meinung durch die Merkmale des wirtschaftlichen Zweckes, des Handelns für einen anderen und des positiven Tuns im Gegensatz zum bloßen Dulden eingeschränkt wird [8]); ferner ergibt bei der Leihe das Erfordernis der Besitzübertragung, daß sie zu unterscheiden ist von den als bloße Gefälligkeitsverhältnisse zu behandelnden Tatbeständen, in denen nur auf jederzeitigen Widerruf ein augenblicklicher Gebrauch überlassen wird: von den Fällen der »beaufsichtigten Innehabung« oder des »momentanen Detentionsverhältnisses« [9]); und ebenso sind von der Verwahrung die Fälle auszuschließen, in denen die tatsächliche Gewalt dem Empfänger der Gefälligkeit verbleibt und daher auch eine Obhutspflicht nicht vorliegt und nicht erforderlich ist [10]).

Infolge des Zusammenhangs des Begriffs der Leihe und der Verwahrung mit demjenigen der Besitzübertragung ist die Abgrenzung des Schuldrechts gegenüber den Gefälligkeitsverhältnissen hier an sich ein Problem des Sachenrechts: eine Frage danach, welche der Parteien mittelbarer, und welche unmittelbarer Be-

8) S. RGR. Komm. Vorbemerkung 2 vor §§ 662 ff.

9) S. Leonhard, Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 3. Aufl. 1932 S. 101; v. Jhering, Der Besitzwille. Jena 1889, S. 512 ff.; ähnlich ferner Kuhlenbeck, JW. 1904 S. 229; Etzbach S. 29. — Gemeint sind Fälle, wie das vorübergehende Überlassen eines Kursbuchs an einen Mitreisenden, die Gestattung, bei Regen unter ein Hausdach zu treten, usw. Die Gefälligkeit besteht bei ihnen gerade darin, daß die mit ihnen verbundene Einwirkung auf das fremde Eigentum nicht als widerrechtlich angesehen wird. (S. Hinrichs S. 66).

10) Keine Verwahrung liegt daher z. B. vor hinsichtlich des Mantels, den ein Gast im Hause des Gastgebers ablegt, oder hinsichtlich der Koffer, die er mitgebracht hat. In allen derartigen Fällen behält der Gast den unmittelbaren Besitz, und der Gastgeber kann, wie Hinrichs anschaulich als Beispiel anführt (S. 52), nicht plötzlich von sich aus die Koffer in sicher verschlossene Schränke tun.

sitzer ist, welche derselben sich »verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren« darf (§ 859 BGB.), und wie weit das Besitzdienerverhältnis sich erstreckt [11]). Andererseits stellen jedoch diese Gesichtspunkte, verglichen mit denjenigen der Gefälligkeitsverhältnisse, nur einen Teil dar. Sie spiegeln insoweit die Interessenlage wieder, aber sie müssen beurteilt werden im Zusammenhang mit den Gefälligkeitsverhältnissen überhaupt.

Falls die hier generell vertretene Richtung in besonderen Einzelfällen den Interessen der Beteiligten nicht gerecht wird, und ein weiterreichender Rechtsschutz erforderlich erscheint, ist eine Abhilfe zunächst nicht durch ein Zurückgreifen auf das Vertragsrecht zu versuchen, sondern durch eine ausdehnende Auslegung des Deliktsrechts. Der Umstand, daß dasselbe als grundsätzliche Regelung der Gefälligkeitsverhältnisse angesehen wurde, bedingt es, daß auch beim Auftreten von Schwierigkeiten in erster Linie deliktsrechtliche Gesichtspunkte heranzuziehen sind.

Außerdem sind derartige Gesichtspunkte aber auch schon überliefert in der Gestalt der actio doli, insbesondere in dem Satze, daß auch die Zurücknahme einer unverbindlichen und in redlicher Absicht erteilten Zusage dann arglistig ist und zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die Zusage die Grundlage war für besondere Aufwendungen; wenn die Aufwendungen im Vertrauen auf die Zusage gemacht worden waren und auch gemacht werden durften. Diese »Idee, daß derjenige, der im Vertrauen auf eine an sich unverbindliche Willensbetätigung eines anderen handelt, wenigstens keinen Schaden erleiden soll« [12]), ist noch in der Zeit des gemeinen Rechts in der Rechtsprechung ausdrücklich betont

11) Teilweise wird das Besitzdienerverhältnis mit der »beaufsichtigten Innehabung«, dem »momentanen Detentionsverhältnis« überhaupt für identisch gehalten, mit der Begründung, daß es weder einen Gebrauch im Interesse des Besitzherrn, noch ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis voraussetze (Hinrichs S. 37, 39 ff.), andererseits wird dagegen geltend gemacht, daß in den als »beaufsichtigte Innehabung« oder »momentanes Detentionsverhältnis« bezeichneten Fällen nicht nur der unmittelbare Besitz, sondern auch die »tatsächliche Gewalt« des § 855 BGB. dem die Gefälligkeit Erweisenden verbleibe, und daher für ein Besitzdienerverhältnis kein Raum sei. (S. Etzbach S. 29).

12) Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912, S. 34.

worden [13]); darüber hinaus ist sie aber weiterhin zutreffend, und gerade für die Gefälligkeitsverhältnisse von besonderer Bedeutung. Sie stellt nicht einen Umweg dar, um unverbindlichen Versprechen zu obligatorischer Wirkung zu verhelfen [14]), aber sie ist, ähnlich wie Krückmann es hinsichtlich der unentgeltlichen Verträge gesagt hat, doch teilweise ebenfalls geeignet, »vor Täuschung durch Wortbruch« zu schützen [15]) und m. E. auf dem Gebiet der Gefälligkeitsverhältnisse ein hierfür geeigneter Weg.

Inwieweit diese Form der actio doli im Rahmen des geltenden Deliktsrechts zur Anwendung gebracht werden kann, ist allerdings wohl zweifelhaft. Sie entspricht aber, wie es insbesondere von Riezler dargelegt wurde [16]), auch in ihrer Bedeutung als Verbot eines »gegensätzlichen Verhaltens« einem im BGB. an vielen Stellen anerkannten Prinzip, und in wirklich schwerwiegenden Fällen wird sie daher schon jetzt durch ausdehnende Auslegung des § 826 BGB. zu berücksichtigen sein.

2. Der Haftungsmaßstab.

Die Erwägungen über den Haftungsmaßstab der Gefälligkeitsverhältnisse haben ihre Grundlage naturgemäß in dem Merkmal der Unentgeltlichkeit. Durch dieses Merkmal ist zwischen den Gefälligkeitsverhältnissen und den unentgeltlichen Verträgen — im Gegensatz zu dem Unterschied, der zwischen ihnen in bezug auf den allgemeinen Rechtscharakter besteht — eine weitgehende Übereinstimmung gegeben, und da die Unentgeltlichkeit die Hauptursache für die Haftungsbeschränkungen der unentgeltlichen Verträge bildet, ist es naheliegend, die dort gezogenen Folgerungen als Anhaltspunkte bei der Beurteilung der Gefälligkeitsverhältnisse zu verwenden. Umgekehrt enthalten derartige Versuche allerdings auch eine erhebliche Problematik: Die Frage der Entgeltlichkeit ist, wenn sie auch den zunächst grundlegenden Gesichtspunkt bei

13) RG, Bd. 8 S. 176 ff.
14) Riezler a. a. O. S. 33.
15) Krückmann, Seuff. Bl. Bd. 74 S. 118.
16) S. die schon zitierte Schrift Venire contra factum proprium.

der Bemessung der Haftungsmaßstäbe darstellt, doch nicht der einzige Gesichtspunkt. Sie kann durch andere Erwägungen modifiziert werden, und in bezug auf diese Abwägung sind auch hinsichtlich der im BGB. geregelten Verträge, insbesondere hinsichtlich des Auftragsrechts, noch Unklarheiten und Zweifel vorhanden, die bewirken, daß die an sich durch das BGB. gegebenen Vergleichsmöglichkeiten mangels einer wirklich sicheren Grundlage doch mehr oder weniger illusorisch sind.

Die Kontroversen hinsichtlich des Auftragsrechts beziehen sich auf die Frage der Angemessenheit der das »Utilitätsprinzip« durchbrechenden strengen Haftung des Beauftragten. Diese Haftung bedeutet offensichtlich eine Relativierung der Bedeutung, die der Unentgeltlichkeit in bezug auf die Haftungsmaßstäbe beizumessen ist, und als solche wird sie teils als »im Hinblick auf die Sicherheit des menschlichen Verkehrslebens« notwendig, gebilligt [17]), teils wird sie abgelehnt oder wenigstens der Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit gegenüber demjenigen der Verkehrssicherheit als der schwerwiegendere angesehen. Dies letztere ist insbesondere die Ansicht Müller-Erzbachs. Er betrachtet die strenge Auftragshaftung als ein »geschichtliches Zufallsprodukt« [18]) und hält sie zwar hinsichtlich des römischen Rechts, nach welchem es keine Möglichkeit gab, sich die Dienste römischer Bürger gegen Entgelt zu sichern und das Mandatsverhältnis auch die heutigen Dienst- und Werkverträge umfaßte, für angemessen; hinsichtlich des heutigen Rechts aber, wegen des fehlenden eigenen Interesses des Beauftragten, für rechtspolitisch unbegründet [19]) [20]).

17) So v. Blume im Recht 1908 Sp. 653: Die Haftung des Beauftragten ist »notwendig im Hinblick auf die Sicherheit des menschlichen Verkehrslebens, in dieser findet der einzelne den Ausgleich für die Last, die ihm aufgebürdet wird.«

18) Arch. Ziv. Prax. Bd. 106 S. 456.

19) Arch. Ziv. Prax. Bd. 106 S. 456 ff.

20) Im übrigen ist, wie auch die hier wiedergegebene Auffassung Müller-Erzbachs ergibt, das »Utilitätsprinzip« auch hinsichtlich des römischen Rechts nicht unbestritten (s. Unger, Handeln auf fremde Gefahr, Jena 1894 S. 29 ff.). Gegen das Prinzip, als einer »unrichtig generalisierenden Regel« z. B. Lenel, JJ. Bd. 19 S. 222; dafür, als einem »Prinzip der Aequitas« u. a. Unger a. a. O. S. 63, der in Zusammenhang mit dem Auftrag annimmt, daß es jedenfalls im Mittelalter zur

Allein diese Zweifel hinsichtlich der Auftragshaftung zeigen, daß auch bei der Beurteilung des Haftungsmaßstabes der Gefälligkeitsverhältnisse die im BGB. enthaltenen Haftungsmaßstäbe und das Merkmal der Unentgeltlichkeit nicht ausreichen, sondern auf eine selbständige Interessenabwägung zurückgegangen werden muß, und zwar halte ich hierbei als Ergänzung des Gesichtspunkts der Unentgeltlichkeit wiederum für am zutreffendsten den Begriff des rein objektiv verstandenen Handelns auf eigene Gefahr. Da ich annahm, daß in einem ganz weiten Sinne alle Gefälligkeitsverhältnisse ein gewisses Handeln auf eigene Gefahr darstellen, und bereits diese allgemeinen Momente des Vertrauens und des Handelns auf eigene Gefahr schuldrechtlichen Garantien widersprechen und die deliktsrechtliche Regelung als ausreichend erscheinen lassen, ergibt sich als Konsequenz, daß in Fällen, in denen das Handeln auf eigene Gefahr in besonderer Weise noch äußerlich in der Art der Handlungen in Erscheinung tritt, sogar eine Einschränkung des Deliktrechts als angemessen erscheinen muß.

Was die Durchführung dieser Einschränkung des Deliktsrechts anbelangt, so glaube ich allerdings, daß sich hierbei verschiedene »Gefahrenzonen« [21]) mit voneinander verschiedener rechtlicher Regelung nicht werden unterscheiden lassen. Da die Grenzen fließend sind, müssen hier auch die Rechtsnormen möglichst anpassungsfähig sein, und der Rechtssicherheit wäre m. E. vorläufig im Rahmen des Möglichen genügt, wenn — ähnlich wie es in Art. 99 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse hinsichtlich der Unentgeltlichkeit der Fall ist [22]) — Unentgeltlichkeit und Handeln auf eigene Ge-

---

Herrschaft gelangt sei, und von dem »der Billigkeit entsprechenden alten Grundsatz« spricht, »daß der Beauftragte durch den Auftrag keinen Schaden leiden soll« (S. 39). Ähnlich wie Kübler auch Sohm-Mitteis-Wenger S. 380 Anm. 6, welche annehmen, daß die Diligenzpflicht des Mandatars wahrscheinlich erst unter Justinian durch Interpolationen eingeführt worden sei.

21) Fischer S. 42 ff.

22) Art. 99 Abs. 1: »Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden.« Abs. 2: »Das Maß der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des

fahr im Gesetz als Indizien für ein milderes Haftungsmaß bezeichnet würden, die Bewertung derselben gegenüber den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit aber dem Richter überlassen bliebe. Generell durch die Schaffung gesetzlicher Normen die Abwägung vorzunehmen, ist zunächst wahrscheinlich nur bei besonders häufigen und typischen Tatbeständen, insbesondere z. B. der Gefälligkeitsfahrt, möglich und hier allerdings im Interesse der Rechtssicherheit auch wünschenswert. Im allgemeinen wird aber die konkrete Gesichtspunkte enthaltende Richtlinie genügen, und über die Generalklauseln der §§ 157, 242 BGB. in ausreichender Weise hinausgehen.

In der praktischen Auswirkung würde diese Regelung bedeuten, daß bei Gefälligkeitsverhältnissen im allgemeinen zwar wie bisher für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit gehaftet wird, in Fällen, in denen freiwillig eine besondere Gefahr übernommen wird, aber auf seiten des die Gefälligkeit Erweisenden im großen ganzen nur eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit stattfindet, mit der Möglichkeit, diese Haftung mit Rücksicht auf eine besondere Sachlage zu verschärfen oder noch weitergehend zu mildern. Bei dem Sonderfall der Gefälligkeitsfahrt würde ich dagegen generell eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit für angemessen halten. Hier ist vor allem die häufig verwendete Argumentation unrichtig, daß eine Haftung für jedes Verschulden deshalb angemessen sei, weil der Gast Sorgfalt und Sachkunde des Gastgebers voraussetze [23]). In Wirklichkeit kommt es nicht darauf an, was eine Partei voraussetzt, sondern was gerecht ist und

---

Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.« Abs. 3: »Im übrigen finden die Bestimmungen über das Maß der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.«

23) So insbesondere Becker (S. 21), der gegen den Haftungsmaßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten geltend macht, der Gast nehme an, der Kraftfahrzeughalter werde die verkehrserforderliche Sorgfalt verwenden, nicht »den Schlendrian, den er bei Alleinfahrten betätigt«; es könne »keine Rede davon sein, daß der Fahrgast dafür, daß ihm eine Gefälligkeit erwiesen wird, eine leichte Fahrlässigkeit ohne weiteres in Kauf nähme«. Ähnlich ferner auch Josef, Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten, JW. 1928 S. 2313.

allen berechtigten Interessen am ehesten entspricht. Bei der Gefälligkeitsfahrt jedoch kann man meistens auf Sorgfalt nur hoffen, während man darüber hinausgehende Anhaltspunkte nicht besitzt; und gerade hierin liegt ein weitgehendes Handeln auf eigene Gefahr, das unabhängig vom Parteiwillen gegenüber den Erfordernissen der Sicherheit des menschlichen Zusammenlebens abzuwägen ist, und so die angegebene Haftungseinschränkung ergibt.

Da ich annahm, daß die Gefälligkeitsverhältnisse keinen vertraglichen oder vertragsähnlichen Charakter haben, kommen, um gegenüber dem allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsmaßstab die eben de lege ferenda vertretenen Haftungseinschränkungen schon de lege lata zu begründen, schuldrechtliche Gesichtspunkte nicht in Betracht. Das gleiche gilt aber auch hinsichtlich aller übrigen Gesichtspunkte: Nichtschuldrechtliche Verträge oder einseitige Willenserklärungen, wie sie das Reichsgericht annimmt, sind in Wirklichkeit meistens nicht vorhanden, das »Utilitätsprinzip« besteht zum mindesten nach geltendem Recht ebenfalls nicht, da es durch die Auftragshaftung durchbrochen worden ist, und der von Krückmann ins Feld geführten Kausalität steht das vom BGB. vertretene Verschuldensprinzip entgegen: Denn da nicht die Zufügung eines Schadens schlechthin ersatzpflichtig macht, sondern im allgemeinen nur die schuldhafte Schadenszufügung, so kann auch nicht die bloße Mitwirkung bei der Entstehung des Schadens den Ersatzanspruch beeinträchtigen, sondern nur die schuldhafte Mitwirkung.

In Betracht kommt nach dieser letzteren Argumentation allerdings der Gesichtspunkt der »Gefährdungsaufrechnung« gegenüber Schadenszufügungen, für die ausnahmsweise ohne Verschulden gehaftet wird. Zwingend ist die »Gefährdungsaufrechnung« zwar nur in den Fällen, in denen auf beiden Seiten nach dem Gesetz ohne Verschulden gehaftet würde, also z. B. in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall, in dem einerseits ein Hund bellte, andererseits ein Pferd scheute; trotzdem wird man aber die Analogie noch weiter ausdehnen können und so, wie Krückmann es

tut, die Gefährdungshaftung auch dann in Wegfall kommen lassen, wenn die gegenüberstehende Mitverursachung zwar ihrer Natur nach nicht im Gesetz als haftungsbegründend anerkannt ist, aber in sonstiger Weise über das übliche Maß der Mitverursachung erheblich hinausgeht, insbesondere dadurch, daß sich der Verletzte besonders in den durch ein Tier bedingten Gefahrenkreis begeben hatte.

Gleichwohl wird durch die »Gefährdungsaufrechnung« nur ein kleiner Teil der aus Gefälligkeitsverhältnissen sich ergebenden Haftungsfälle erfaßt. Über ihn hinaus halte ich de lege lata, soweit nicht Parteivereinbarungen ausnahmsweise wirklich nachweisbar sind, eine Haftungseinschränkung juristisch nicht für begründbar.

Unzutreffend ist m. E. insbesondere auch Fischers Annahme einer neben Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im »einheitlichen Rechtsempfinden« gegebenen Rechtsquelle. Auch in Zeiten des Übergangs sind derartige Mittel höchstens in ganz besonderen, hier nicht vorliegenden Fällen am Platze. Andernfalls würde die durch sie hervorgerufene Unsicherheit den in Einzelfällen erzielten Nutzen überwiegen, und außerdem ist auch die Rechtsquelle des »einheitlichen Rechtsempfindens« um so weniger erforderlich und vertretbar, wenn schon die Gesetzgebung von technischen Schwierigkeiten und von verfassungsrechtlichen Bindungen unabhängig ist. Mehr noch, als es bei einem schwierigeren Gesetzgebungsverfahren der Fall ist, bedeutet beim Fehlen desselben die Tatsache, daß ein gesetzliches Eingreifen unterbleibt, ein Indiz dafür, daß dieses Eingreifen nicht für erforderlich oder dringlich gehalten wird, daß noch sachliche Bedenken bestehen, und daß auch ein tragfähiges einheitliches Rechtsempfinden noch nicht vorhanden ist.

Literaturverzeichnis.

Balzereit, Gefälligkeitsverträge. Diss. Marburg 1929.

Becker, Gefälligkeitsfahrten im Kraftfahrzeug. 2. Aufl. Berlin 1932.

v. Blume, Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge. Recht 1908 Sp. 649 ff.

Böckel, Gefälligkeitsvertrag. H. d. R. Bd. 2 S. 607 ff.

Buske, Der Gefälligkeitsvertrag. Diss. Königsberg 1931.

Cramer, Gefälligkeitsverträge unter besonderer Berücksichtigung der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. Diss. Erlangen 1934.

Dahmann, Gefälligkeitsbeziehungen. Diss. Erlangen 1935.

Etzbach, Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit unter besonderer Berücksichtigung der Haftung bei Gefälligkeitsfahrten. Diss. Erlangen 1935.

Evers, Zum Problem der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. Diss. Köln 1936.

Fischer, Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung. Beiträge zum Problem des fiktiven Vertrages (Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht). Heide-Holstein 1938.

Frank-Nicolai, Reden, gehalten auf der ersten Kundgebung der Berufsgruppe Verwaltungsbeamte im BNSDJ. am 14. 9. 33 in Berlin. Berlin 1933.

Franzen, Gesetz und Richter. Hamburg 1935.

Geigel, Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. Seuff. Bl. Bd. 77 S. 37 ff.

Gonnermann, Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. Diss. Marburg 1932.

Hansen, Die Gefälligkeitsverträge nach bürgerlichem Recht. Diss. Marburg 1923.

Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung. Tübingen 1932.

— Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre. Tübingen 1936.

— Interessenjurisprudenz. Gastvorlesung an der Universität Frankfurt am Main, gehalten am 15. 12. 32. Tübingen 1933.

Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.

Hellwig, Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Arch. civ. Prax. Bd. 86 S. 223 ff.

Hempfing, Gefälligkeitsverträge in dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Marburg 1922.

Hinrichs, Ist das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Empfänger einer Gefälligkeit im täglichen Leben von rechtlicher Bedeutung? Diss. Göttingen 1923.

v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Tübingen 1936.
Huegel, Entspricht die Rechtsprechung auf dem Gebiet der Kraftfahrzeuggefälligkeitsfahrt den Erfordernissen der nationalsozialistischen Rechtsauffassung? (Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 65.) Berlin 1938.
v. Jhering, Ein Rechtsgutachten betr. die Gäubahn. JJ. Bd. 18 S. 1 ff.
Junge, Die Erklärungshaftung. Diss. Köln 1936.
Klünder, Die rechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen. Diss. Göttingen 1932.
Krückmann, Die Gefälligkeitsfahrt. JW. 1932 S. 3688 ff.
— Gefälligkeitsverträge. Seuff. Bl. Bd. 74 S. 113 ff., 153 ff.
— Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. JJ. Bd. 54 S. 107 ff.
Küsters, Gefälligkeitsverträge. Diss. Köln 1930.
Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg. JJ. Bd. 19 S. 154 ff.
Lucas, Über die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverträge. Diss. Königsberg 1920.
Lucke, Ein Beitrag zur Frage der Haftung aus Gefälligkeitsfahrten mit Kraftfahrzeugen. Diss. Heidelberg 1930.
Manigk, Rechtswirkung. H. d. R. Bd. 4 S. 753 ff.
Martel, Der sogenannte »Gefälligkeitsvertrag« in der Rechtsprechung. Diss. Köln 1933.
Michaelis, Gefälligkeitsleistung und Vertrag. Grundsätze einer gegenseitigen Abgrenzung. Diss. Leipzig 1937.
Müller, Haftungsausschluß durch Beteiligung des Verletzten an gefährlichen Veranstaltungen. Diss. Köln 1934.
Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
— Rechtsfindung auf realer Grundlage. DJZ. 1906 Sp. 1235 ff.
— Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932.
— Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben und was sie hemmt. Tübingen 1939.
Pauly, Der neuere Stand der Lehre von den sog. Gefälligkeitsverträgen, insbesondere von der Gefälligkeitsfahrt, im Lichte der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Erlangen 1935.
Propach, Die Gefälligkeiten des täglichen Lebens, insbesondere die Gefälligkeitsfahrt. Diss. Erlangen 1935.
Rathey, Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Diss. Breslau 1915.
Riezler, Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Rümelin, Bernhard Windscheid und sein Einfluß auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft. Tübingen 1907.
Schieferstein, Die Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug im alten und im neuen Recht. Diss. Gießen 1936.
Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.
Schröder, Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. Diss. Göttingen 1932.
Schumacher, Die rechtliche Beurteilung von Gefälligkeitsfahrten nach Kraftfahrzeugrecht. Diss. Marburg 1932.

Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen des Römischen Rechts. 17. Aufl. 1931.
Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz. Festgabe für Heck, Rümelin und Schmid. Tübingen 1931.
Sugg, Gefälligkeitsverträge. Diss. Breslau 1914.
Terwiel, Zum Problem der Gefälligkeitsleistungen. Diss. Freiburg 1935.
Thode, Das Handeln auf eigene Gefahr (Gründe des Haftungsausschlusses unter besonderer Berücksichtigung der Beförderung von Personen). Diss. Erlangen 1936.
Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Jena 1894.
Wallraven, Über Gefälligkeitsverträge. Diss. Marburg 1934.
Wichers, Gefälligkeitsverträge. Diss. Göttingen 1925.
Zuleger, Die Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten in rechtsvergleichender Darstellung unter Berücksichtigung der Reform des deutschen Rechts. Diss. Leipzig 1933.

Lehrbücher und Kommentare:

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. I 13. Bearbeitung 1931.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. II. 12. Bearbeitung 1932.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. II Teil I, 1906.
Oertmann, Kommentar zum BGB. 5. Auflage.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflage.
Reichsgerichtsräte-Kommentar (RGR.Komm.). 8. Auflage.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II Teil 1. 9. Aufl. 1930. Bd. II Teil 2. 10. Aufl. 1937.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II. 9. Aufl. 1906.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen:

Archiv für die civilistische Praxis (Arch. civ. Prax.).
Das Recht (Recht).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).
Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JJ.).
Jugend und Recht (J. u. R.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.).

Lebenslauf.

Ich bin am 7. Juli 1912 in Greifswald geboren als Sohn des 1919 verstorbenen Dr. phil. Hermann Lietz und seiner Ehefrau Jutta, geb. v. Petersenn. Die Schule besuchte ich in den Deutschen Landerziehungsheimen Ilsenburg, Gebesee und Haubinda, dem Schweizerischen Landerziehungsheim Glarisegg und der Hindenburg-Oberrealschule in Hannover, an der ich Ostern 1931 die Reifeprüfung ablegte. Danach studierte ich in Göttingen, Frankfurt, München und Berlin Rechtswissenschaften und legte 1935 in Berlin die erste juristische Staatsprüfung ab. Während des Vorbereitungsdienstes war ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe beschäftigt. 1939 bestand ich in Stuttgart die große juristische Staatsprüfung.